

# Mitteilungen

## des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2

Heft 3

MittBayNot

Mai/Juni 1987

### I. A b h a n d l u n g

#### Zur Auslegung und Anwendung von § 19 KostO nach dem 1.7.1989

Von Notar *Dr. Wolfgang Reimann*, Passau

#### I. Allgemeines

##### 1. Ausgangslage

Nach der Konzeption der KostO sind die darin festgesetzten Gebühren durchweg *Wertgebühren*. Die Gebühr richtet sich grundsätzlich nach dem wirtschaftlichen Wert. Hierdurch wird eine Korrelation zwischen Gebühr und Verantwortung (möglicher Haftung) des Notars hergestellt.

§ 19 KostO bisheriger Fassung beruht auf dem Gesetz vom 28.12.1968<sup>1</sup>. Ziel der damaligen Neuregelung war es, den Geschäftswert der Kostenordnung wieder stärker dem wirklichen Wert des Geschäftsgegenstandes anzunähern. Die „Diskrepanz zwischen Einheitswert und wirklichem Wert von Grundstücken“ wurde als „so gravierend“ empfunden, „daß die weitere Hinausschiebung einer Angleichung nicht verantwortet werden“ konnte<sup>2</sup>.

Die Abkehr vom Einheitswert und das damit verbundene Zuwenden zum Verkehrswert war keine Neuerung, sondern eine Rückkehr zum früheren Rechtszustand. Grundbesitz war bei der Bewertung früher stets mit dem gemeinen Wert (Verkehrswert) zu berücksichtigen<sup>3</sup>. Erst die RKostO vom 25.11.1935 führte den Einheitswert als Grundlage für die Bewertung von Grundbesitz in das Kostenrecht ein, um einen sicheren und leicht feststellbaren Wertmesser zu schaffen. Diese Übernahme des Einheitswertes in das Kostenrecht bot sich zu jener Zeit an, weil frühere Bedenken gegen die Höhe der Einheitswerte mit der Hauptfeststellung auf den 1.1.1935 an Gewicht verloren hatten<sup>4</sup>. Auch im Gesetz zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften vom 26.7.1957<sup>5</sup> hielt der Gesetzgeber an den damals schon

hinter den Verkehrswerten zurückgebliebenen Einheitswerten fest; dies geschah allerdings in der Erwartung, eine neue Feststellung der Einheitswerte werde diese in absehbarer Zeit wieder den wahren Wertverhältnissen angleichen<sup>6</sup>.

Mit dem Gesetz vom 28.12.1968<sup>7</sup> wurde durch die Änderung des § 19 Abs. 2 KostO die längstgebotene Abhilfe getroffen: Die neugefaßten Wertvorschriften sollten grundsätzlich bewirken, daß mit dem Einheitswert der Gebührenberechnung kein Geschäftswert zugrundegelegt wird, der von dem wahren Wert des Geschäftsgegenstandes grob abweicht. Damit sollte eine ungleiche Behandlung von unentgeltlichen und entgeltlichen Rechtsgeschäften vermieden, aber auch der Verantwortung des Notars bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften Rechnung getragen werden.

##### 2. Die bisherige gesetzliche Regelung und ihre Anwendung durch die Gerichte

a) Die KostO definiert den Wert einer Sache als den gemeinen Wert (§ 19 Abs. 1 S. 1 KostO). Er wird gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 KostO durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für die Sache zu erzielen wäre. § 19 Abs. 2 KostO gibt Anhaltspunkte für die Ermittlung des gemeinen Wertes, nämlich

- Inhalt des Geschäftes,
- Angaben der Beteiligten,
- Grundstücksbelastungen,
- amtlich bekannte oder aus den Grundakten ersichtliche Tatsachen oder Vergleichswerte, z. B. Wertfestsetzung gem. § 74 a Abs. 5 ZVG, Bodenrichtwerte (§ 196 BauGB), die veröffentlichten Daten aus den Kaufpreissammlungen (§ 195 BauGB), Preisindizes für Wohngebäude, Ertragsmeßzahlen nach § 55 EStG, Kaufpreis für Grundstücke desselben Anwesens, die kürzlich verkauft wurden, etc.,

<sup>1</sup> BGBl I S. 1458.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 5. Wahlperiode 3353 S. 1.

<sup>3</sup> Jonas-Melsheimer-Hornig-Stemmler RKostO, 4. Auflage 1942, § 18 Anm. II.

<sup>4</sup> Vgl. Stöber Rpfleger 1969, 4.

<sup>5</sup> BGBl I S. 861.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 2. Wahlperiode 2545 S. 176.

<sup>7</sup> BGBl I S. 1458.

— sonstige Anhaltspunkte, z. B. Brandversicherungswerte, Auskünfte der Landwirtschaftsbehörden, Umlegungswerte (§§ 56, 57 BauGB), Flurbereinigungswerte (§ 32 FlurbG), Gegenleistungen, Erbbauzins, Prozeßwerte (§ 6 ZPO), etc.

b) Die Rechtsprechung hat hierzu tragbare Kriterien entwickelt. Die unterschiedlichen Aussagen der Obergerichte, die im Gesetzgebungsverfahren immer wieder als Grund für die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung erwähnt wurden, beruhen darauf, daß Unsicherheiten, die sich anhand der gesetzlich vorgegebenen Kriterien für den Kostenschuldner *nach oben* ergeben hatten, ausgeschlossen werden sollten<sup>8</sup>. Die maßgeblichen Urteile hatten lediglich die Zielrichtung, das eine oder andere Bewertungskriterium im Einzelfall nicht zum Tragen kommen zu lassen, wenn sich für das Gericht aus anderen Erkenntnisquellen ergab, daß der vom Notar angezogene Bewertungsmaßstab zu einer zu hohen Kostenbelastung geführt hatte. Weitergehende generalisierende Schlüsse über die Zulässigkeit des einen oder anderen Bewertungskriteriums konnten daraus — bei richtiger Bewertung der verschiedenen gerichtlichen Erkenntnisse — nicht gezogen werden.

c) Die in § 19 Abs. 2 S. 1 KostO enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe entsprechen auch den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Normenklarheit und Justitiabilität. Auch der Auffangtatbestand „sonstige ausreichende Anhaltspunkte“ ist verfassungskonform, da die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane ist. Die im Einzelfall unterschiedliche Rechtsprechung der Obergerichte verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, solange die jeweiligen Rechtsauffassungen selbst nicht sachlich schlechthin unhaltbar sind<sup>9</sup> und eine zu hohe Gebührenbelastung des Kostenschuldners vermeiden helfen.

### 3. Rückkehr zum Einheitswert

a) Durch das Gesetz vom 15.6.1989<sup>10</sup> kehrt die Kostenordnung — wenn auch nur für die Landwirtschaft und mit dem Multiplikator 4 versehen — zum Einheitswert der RKostO von 1935 zurück.

Im Gesetzgebungsverfahren<sup>11</sup> wurde die Beseitigung der durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte angeblich geschaffenen Uneinheitlichkeit bei der Anwendung des § 19 KostO in den Vordergrund gestellt. Der eigentliche, der objektive Gesetzeszweck besteht jedoch offenbar in einer Privilegierung der Landwirtschaft.

Die ab 1.7.1989 geltenden neuen Absätze 4 und 5 des § 19 KostO lauten:

„(4) Bei einem Geschäft, das die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzung oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise einschließlich der Abfindung weicher Erben betrifft, ist das land- und forstwirtschaftliche Vermögen im Sinne des Bewertungsgesetzes mit dem Vierfachen des letzten Einheitswertes, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, zu bewerten; Absatz 2 Satz 2 und 3 und Absatz 3 gelten entsprechend.

(5) Ist der nach Absatz 2 bis 4 festgestellte Wert höher als der gemeine Wert, so ist der gemeine Wert maßgebend.“

<sup>8</sup> Vgl. ausführlich Reimann DNotZ 1987, 638.

<sup>9</sup> BVerfG AgrarR 1986, 288.

<sup>10</sup> BGBl I. S. 1082.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2343 S. 5 und 6.

b) Die Rückkehr zum Einheitswert der RKostO von 1935 macht zwar die Anwendung anderer Bewertungskriterien überflüssig, führt jedoch weder zu einer gerechteren noch zu der gewünschten einheitlichen Praxis.

Die Diskrepanz zwischen Einheitswert und wirklichem Wert von Grundstücken ist gerade in der Landwirtschaft so gravierend wie bei der Gesetzesänderung 1968. Entgeltliche und unentgeltliche Grundstücksgeschäfte werden künftig kostenrechtlich unangemessen unterschiedlich behandelt.

Die Höhe der Einheitswerte differiert zudem — entgegen den Annahmen im Gesetzgebungsverfahren<sup>12</sup> — regional außerordentlich, so daß insoweit zwar eine formale, jedoch keine materielle Einheitlichkeit bei der Kostenbewertung im Bundesgebiet herbeigeführt wird.

Die Rückkehr zu den Einheitswerten stellt — zumindest im Landwirtschaftsrecht — auch eine Abkehr vom Grundsatz der Wertgebühr im Kostenrecht dar.

c) Die Einführung eines speziellen Niedrigwertes für land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz zur Kostenentlastung der Landwirte stellt materiell-rechtlich eine Gebührenermäßigung für den betroffenen Personenkreis dar. Insoweit haben die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht in dem Gebührenermäßigungsbeschluß vom 1.3.1978<sup>13</sup> aufgestellt hat, zu gelten, soweit dadurch der Gebührenanspruch der Notare verkürzt wird<sup>14</sup>. Hiernach ist eine Gebührenermäßigung durch Einführung eines speziellen Niedrigwertes verfassungsrechtlich als Einschränkung des Rechtes auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) problematisch. Eine Regelung ist insoweit nur mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn sich die Gebührenermäßigungspflicht durch sachgemäße und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls begründen läßt, wenn sie nach Art und Ausmaß geeignet und erforderlich ist, um den vom Gesetzgeber bestimmten Zweck zu erreichen und eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Rechtfertigungsgründe ergibt, daß die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist. Ein pauschaler Hinweis auf „staatspolitische Zwecke“ reicht nach Ansicht des BVerfG nicht aus. Auch die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zur Bundesratsinitiative nachdrücklich auf das „verfassungsrechtliche Risiko“ der nunmehr in Kraft gesetzten Neufassung des § 19 KostO hingewiesen<sup>15</sup>.

Daneben ist bei der Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO auch der Beschluß des BVerfG vom 16.10.1984<sup>16</sup> zur Zulässigkeit des Ertragswertes als Bewertungsmaßstab im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen.

## II. Die Tatbestandsseite des § 19 Abs. 4 KostO

### 1. Grundsatz

§ 19 Abs. 4 KostO betrifft tatbestandsmäßig alternativ zweierlei Arten von Rechtsgeschäften, nämlich

— die „Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzung“;

<sup>12</sup> BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2342 S. 6.

<sup>13</sup> BVerfGE 47, 285.

<sup>14</sup> Vgl. auch BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2343 S. 7.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2343 S. 10.

<sup>16</sup> BVerfGE 67, 348.

- Geschäfte, welche „die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise“ betreffen, einschließlich der Abfindungsverträge.

Der Ausdruck „Überlassung“ ist sprachlich offensichtlich verunglückt, er wird offenbar vom Gesetzgeber untechnisch im Sinne von „Überleiten“ verstanden.

Beide Arten der privilegierten Rechtsgeschäfte setzen ihrerseits tatbestandsmäßig voraus, daß

- „das land- und forstwirtschaftliche Vermögen im Sinne des Bewertungsgesetzes“ betroffen ist (auch wenn diese Tatbestandsvoraussetzung auf der Rechtsfolgeseite genannt ist),
- eine „Hofstelle“ zum Betrieb gehört.

Der land- und forstwirtschaftliche Betrieb muß — soll § 19 Abs. 4 KostO anwendbar sein —, land- und forstwirtschaftliches Vermögen i. S. des Bewertungsgesetzes darstellen und eine „Hofstelle“, was immer dies auch sein mag, umfassen.

Schließlich ergibt schon die am Wortsinn orientierte Auslegung der neuen Vorschrift, daß nur dasjenige Rechtsgeschäft privilegiert ist, welches „die Fortführung des Betriebes . . .“ betrifft. Der Gesetzgeber hat es also für sinnvoll gehalten, die Tendenz des Rechtsgeschäftes (Fortführung) als Voraussetzung der Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO besonders zu erwähnen.

## 2. Land- und forstwirtschaftlicher Betrieb

a) Das Gesetz stellt zur Definition des Begriffes „land- und forstwirtschaftlicher Betrieb“ zunächst auf das Bewertungsgesetz ab. Einkommensteuerliche Qualifizierungen und damit verbundene Entnahmeproblematiken spielen damit für § 19 Abs. 4 KostO zunächst also keine Rolle.

Nach § 33 Abs. 1 BewG ist ein Betrieb der Land- und Forstwirtschaft die wirtschaftliche Einheit des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens. Hierzu gehören alle Wirtschaftsgüter, die dem Betrieb dauernd zu dienen bestimmt sind, insbesondere der Grund und Boden, die Wohn- und Wirtschaftsgebäude, die stehenden Betriebsmittel und ein normaler Bestand an umlaufenden Betriebsmitteln (§ 33 Abs. 2 BewG). Zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen gehören nach § 33 Abs. 3 BewG insbesondere nicht Zahlungsmittel, Geldforderungen, Geschäftsguthaben und Wertpapiere, Geldschulden, über den normalen Bestand hinausgehende Bestände an umlaufenden Betriebsmitteln, u. U. auch bestimmte Tierbestände.

Auf den räumlichen Zusammenhang der einzelnen Grundstücke kommt es nicht an, sondern allein darauf, daß alle Grundstücke von einer gemeinsamen Hofstelle bewirtschaftet werden.

Zu den Wirtschaftsgütern gehören insbesondere die Wohn- und Wirtschaftsgebäude (§ 33 Abs. 2 BewG); der Wohnteil umfaßt die Gebäude und Gebäudeteile, soweit sie dem Inhaber des Betriebes, den zu seinem Haushalt gehörenden Familienangehörigen und den Altenteilern zu Wohnzwecken dienen (§ 34 Abs. 3 BewG). Ein Wohngebäude wird aber zusammen mit den Wirtschaftsgebäuden wohl nur dann als Hofstelle im Sinn des § 19 Abs. 4 KostO zu betrachten sein, wenn die Funktion als Wohnteil eines landwirtschaftlichen Betriebes noch im Vordergrund steht.

b) Aussagen zur Betriebsgröße enthält das Bewertungsgesetz nicht.

Richtet sich die Definition nach dem Bewertungsgesetz, wie in § 19 Abs. 4 KostO förmlich verankert, braucht der betroffene Grundbesitz auch nicht die Existenzgrundlage des Erwerbers zu bilden. Auch Kleinbetriebe, inclusive der landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstellen, werden hiernach, da sie bewertungsrechtlich land- bzw. forstwirtschaftliches Vermögen darstellen, somit prinzipiell privilegiert.

Bei Verpachtung eines Betriebes auf Dauer bilden bewertungsrechtlich die verpachteten Flächen einen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft für sich (Stückländerei). Die Privilegierung erfaßt prinzipiell auch die Stückländerei, allerdings ist sie ohne mitübergebener Hofstelle kein Fall, in dem § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden ist<sup>17</sup>.

Aus verfassungsrechtlichen Gründen dürfte auch eine teleologische Reduktion des § 19 Abs. 4 KostO angebracht sein. Nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 16.10.1984<sup>18</sup> zur Zulässigkeit des Ertragswertes als Bewertungsmaßstab beim Zugewinnausgleich (§ 1376 Abs. 4 BGB) ist nicht die Erhaltung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens als solches von öffentlichem Interesse, kann also Grundlage einer Privilegierung sein, sondern nur die „Erhaltung leistungsfähiger Höfe (landwirtschaftliche Betriebe) in bäuerlichen Familien“. Die Erhaltung leistungsfähiger Höfe setzt bei der gebotenen Anwendung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes also auch eine gewisse Mindestgröße voraus, die im jeweiligen Einzelfall gesondert zu beurteilen ist. Hierzu wird man auf die Rechtsprechung zu § 1376 Abs. 4, § 2049 BGB zurückgreifen können, die auf der Grundlage des genannten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes ergangen ist.

c) Gegenstände, die nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes nicht zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen rechnen, sind nach § 19 Abs. 1 und 2 KostO, also wie bisher zu bewerten. Dies gilt z. B. für land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücksflächen, wenn nach ihrer Lage, den bestehenden Verwertungsmöglichkeiten oder den sonstigen Umständen anzunehmen ist, daß sie in absehbarer Zeit anderen als land- und forstwirtschaftlichen Zwecken, insbesondere als Bauland, Industrieland oder Land für Verkehrszwecke, dienen werden (§ 69 Abs. 1 BewG).

Aufgrund öffentlichen Rechtes, etwa wegen eines in Kraft gesetzten Bebauungsplans, können bisher landwirtschaftliche Grundstücke, auch wenn einkommensteuerrechtlich noch als solche qualifiziert, mit einer anderen als der bisherigen land- und forstwirtschaftlichen Zweckbestimmung versehen werden. Führt die geänderte Zweckbestimmung dazu, daß Grundstücke nach § 69 BewG nicht mehr zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen zählen, ist der auf sie entfallende Teil nicht mehr Landwirtschaft, also aus dem Einheitswert herauszurechnen.

d) Der Gesetzgeber hielt es zur Abgrenzung nicht privilegierter Fälle für erforderlich, ausdrücklich die „Hofstelle“ als konstitutiv für den Begriff des Betriebes zu vermerken. Von der gesetzlichen Neuregelung werden demnach nur land- und forstwirtschaftliche Betriebe mit einer Hofstelle erfaßt.

Der Begriff „Hof“, der als Kurzbezeichnung in der Umgangssprache verwendet wird, hat im Bundesgebiet allerdings keinen einheitlichen rechtlichen Anwendungsbereich. Er ist auch nicht identisch mit dem Begriff Landgut, wie er im Bürgerlichen Gesetzbuch verwendet wird (§§ 98, 1055 Abs. 2,

<sup>17</sup> Vgl. unten d).

<sup>18</sup> BVerfGE 67, 348.

§ 1515 Abs. 2, § 1822 Nr. 4, §§ 2049, 2130 Abs. 1, § 2312 BGB). Man wird im Rahmen einer Auslegung, die sich am Bedeutungszusammenhang und am objektiven Gesetzeszweck orientiert, davon ausgehen müssen, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne von § 19 Abs. 4 KostO nur dann gegeben ist, wenn die Bewirtschaftung des Grundes und Bodens von Betriebsgebäuden aus erfolgt. Diese müssen also, wenn auch nicht im strengen geometrischen Sinne, „Mittelpunkt“ des Betriebes sein. Der Gesetzgeber will mit der Einführung des konstitutiven Merkmals „Hofstelle“ offenbar alle diejenigen Fälle aus der Privilegierung ausschließen, in denen die Land- und Forstwirtschaft ohne diesen zentralen individuellen Mittelpunkt „Hof“, also gewissermaßen industriell und anonym, betrieben wird.

Durch die Erwähnung des Erfordernisses „Hofstelle“ werden auch Rechtsgeschäfte, welche die Stückländerei betreffen, weitgehend aus der Privilegierung herausgenommen: Bei Verpachtung auf Dauer bilden<sup>19</sup> die verpachteten Flächen einen eigenen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft. Werden diese Flächen, die unter dem Begriff der „Stückländerei“ bewertungsrechtlich erfaßt sind, ohne Hofstelle übergeben oder wird eine Regelung getroffen, die sich nicht auf die Hofstelle mitbezieht, so scheidet eine Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO aus.

### 3. Fortführungstendenz

Objektiver Gesetzeszweck, also Privilegierungsgrund, ist es, die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes zu fördern. Die Fortführungstendenz, die dem Rechtsgeschäft immanent zu sein hat, ist somit Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO. Der Gesetzgeber will durch die besondere Erwähnung dieser Tendenz alle anderen Fälle von der Privilegierung ausschließen.

Die Fortführungstendenz kann subjektiv wie objektiv fehlen.

*Subjektiv* fehlt die Fortführungstendenz, wenn die Vertragsparteien erkennbar andere Zwecke verfolgen als denjenigen der Betriebsfortführung. Dies wird vor allem bei Erbaueinsetzungen der Fall sein, wo im Vordergrund der Überlegungen der Vermögenszuwachs auf der einen oder anderen Seite, nicht aber die Erhaltung und Fortführung des bisher einheitlichen Betriebes steht.

Die Fortführungstendenz wird *objektiv* fehlen, wenn der vom Rechtsgeschäft betroffene land- und forstwirtschaftliche Grundbesitz, u. U. auch als Folge des Rechtsgeschäftes, nicht mehr bewirtschaftungsfähig ist.

Somit ist eine Übertragung, die nicht der Betriebsfortführung dient, sondern z. B. zu einer Betriebsauflösung führen wird, nicht von der Vergünstigung erfaßt.

Der land- und forstwirtschaftliche Betrieb setzt also bei der Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO zwar nicht unbedingt eine bestimmte Größe voraus, wohl aber eine gewisse auf Dauer angelegte Betriebsführung oder zumindest Betriebsbereitschaft, welche die Fortführung objektiv gewährleisten.

Insoweit kann auch das Einkommensteuerrecht gewisse Rückwirkungen auf die Beurteilung der Betriebseigenschaft haben. Die Übertragung von Vermögenswerten, insbesondere Grundstücken, die aus der Landwirtschaft entnommen wurden, können wesensmäßig grundsätzlich wohl nicht der Fortführung des Betriebes dienen.

<sup>19</sup> Siehe oben b).

Dabei wird man allerdings zu differenzieren haben:

Die Entnahme des Wohngebäudes, wenn es vom Landwirt selbst bewohnt wird, ist üblich, der Bezug zur Landwirtschaft ist nach wie vor gegeben. § 19 Abs. 4 KostO kann allerdings nicht gelten, wenn das Wohnhaus vermietet ist oder für Fremdenverkehrszwecke genutzt wird, gegebenenfalls fällt das Wohnhaus in einem solchen Fall anteilig aus der Privilegierung heraus.

Das Austragshaus, das zum Betrieb gehört, ist wesensmäßig Bestandteil dieses Betriebes (vgl. § 34 Abs. 3 BewG). Wird jedoch das Austragshaus bei der Übergabe zu Eigentum vom Übergeber zurückbehalten, entfällt die Fortführungstendenz objektiv, die spätere anderweitige Übergabe dieses Hauses oder das Überleiten durch Testament oder Erbvertrag ist dann nicht mehr privilegiert.

Grundstücke, insbesondere Bauplätze, welche im Sinn des Einkommensteuergesetzes dem Betriebsvermögen entnommen wurden, sind nicht mehr privilegiert, da sie nicht mehr zum landwirtschaftlichen Betrieb gehören, daher eine „Fortführung des Betriebes“ nicht mehr möglich ist.

### 4. Einzelfälle

#### a) Übergabevertrag:

Es braucht sich nicht um eine komplette Übergabe zu handeln. Sofern die Hofstelle mitübergeben ist, ist § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden.

Die Tatsache, daß der Betrieb bisher schon an den Nachfolger verpachtet war, ist unbeachtlich.

Die Privilegierung ist nicht auf Übergaben an Familienangehörige beschränkt, wenn nur der Charakter des bäuerlichen Familienbetriebs erhalten bleibt. Übergaben an anonyme Rechtsträger (z. B. Kirche, caritative Verbände etc.) dürften allerdings nicht privilegiert sein. Objektiver Gesetzeszweck ist es, die leistungsfähigen bäuerlichen Familienbetriebe zu stärken. § 19 Abs. 4 KostO geht darüber hinaus davon aus, daß der individuelle Betrieb fortgeführt wird. Bei Überleitung auf einen anonymen Vermögensträger wird der Betrieb möglicherweise zwar fortgeführt, aber im Zuge einer Vermögensverwaltung und keines individuellen Betriebes. Wegen der agrarpolitischen Zielsetzung des Gesetzes sind diese Fälle aus der Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO auszuscheiden.

Die Übergabe eines verpachteten Anwesens an einen anderen als den Pächter ist prinzipiell auch privilegiert, es sei denn, daß mit einer derartigen Veräußerung eine Betriebsaufgabe verbunden ist, also die Fortführung durch den Übernehmer damit definitiv ausgeschlossen ist.

Erwirbt eine aus dem bisherigen Betriebsinhaber und seinem ausersehenen Nachfolger bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechtes den Betrieb zum Zwecke der „gleitenden Hofübergabe“, so bleibt § 19 Abs. 4 KostO anwendbar.

#### b) Testament und Erbvertrag:

Die Überleitung kann auch durch Testament oder Erbvertrag erfolgen. Privilegiert ist allerdings nicht der Landwirt selbst, sondern das Geschäft. Die Verfügung muß also der Überleitung des Betriebes unter den gegebenen Voraussetzungen dienen. Verfügt der Landwirt über von ihm bei der Übergabe zurückbehaltenes Privatvermögen (z. B. über das von ihm

zurückbehaltene Austragshaus), ist nicht § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden, es gelten die Regeln des § 19 Abs. 1 und 2 KostO.

Begünstigt ist die gegenseitige Erbeinsetzung und die Schlußerbeneinsetzung, aber auch die Zuweisung des Betriebes durch Vermächtnis oder Teilungsanordnung.

Problematisch sind die Fälle, in denen „Noch-nicht-Landwirte“, also etwa Landwirtschaftskinder, die erwarten, daß sie einen landwirtschaftlichen Betrieb erhalten werden, eine Verfügung von Todes wegen errichten, die auch das künftige Objekt in die Regelung miteinbezieht. Derartige Gestaltungen fallen nicht unter die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO. Es ist in § 19 Abs. 4 wohl zu interpolieren: „im Eigentum oder Miteigentum eines Vertragstellers stehenden“. Für diese Auslegung spricht, daß man nur das fortführen kann, was man hat. Auch die amtliche Begründung<sup>20</sup> geht davon aus, daß „einzelne Grundstücke ohne Hofstelle ... im Hinblick auf die agrarpolitische Zielsetzung des Entwurfs grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen“ sollen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind derartige Fälle nicht privilegiert, selbst wenn die Vertragsparteien bereits im Hinblick auf die erwartete Übergabe landwirtschaftlichen Grundbesitz erworben haben; erst recht kann eine Privilegierung nicht stattfinden, wenn sie noch keinerlei Grundbesitz haben.

#### c) Erb- und Gesamtgutsauseinandersetzungen:

Voraussetzung ist immer, daß der Betrieb nicht „zerschlagen“ wird; dies würde der Fortführungstendenz, die das Gesetz tatbestandsmäßig voraussetzt, widersprechen.

#### d) Eheverträge:

Auch Eheverträge können nach § 19 Abs. 4 KostO privilegiert sein, wenn sie der Fortführung des Betriebes dienen. An der zivilrechtlichen Zuordnung des Betriebes muß der Ehevertrag nicht unbedingt etwas ändern. So kann auch die Gütertrennung im Hinblick darauf, daß im Scheidungsfall der Betrieb nicht durch Zugewinnausgleichsansprüche belastet wird, der Fortführung des Unternehmens dienen. Verbleibt es bei Zugewinnausgleichsansprüchen, entfällt dieses Argument. Die Begünstigung wird anzunehmen sein bei einem Verzicht auf die Vorschrift des § 1365 BGB und bei der Herausnahme des Betriebes aus der Zugewinnausgleichsbeurteilung. Bei der Vereinbarung der Gütergemeinschaft wird man ohnehin, schon wegen der regelmäßig vorgenommenen Koppelung mit einem Erbvertrag, die Fortführungstendenz unterstellen können.

#### e) Scheidungsvereinbarungen:

Sie sind privilegiert, soweit sie der Fortführung des Betriebes dienen. Handelt es sich um Gesamtgutsauseinandersetzungen, wird entscheidend sein, ob der einheitliche Betrieb zerschlagen wird oder ob die Fortführung weiterhin gewährleistet ist.

Auch ein Unterhaltsverzicht kann der Fortführung des Betriebes dienen, da der Betriebsinhaber u. U. verpflichtet sein kann, den Betrieb zu veräußern, wenn die Erträge aus der Bewirtschaftung geringer wären, als aus einer Anlage des Veräußerungsgewinns<sup>21</sup>.

#### f) Pachtvertrag mit Vorkaufsrecht:

Wird der Vertrag mit Familienangehörigen geschlossen, ist die Fortführungstendenz regelmäßig gegeben, da der konkrete Betrieb weitergeführt werden soll. Eine Privilegierung ist abzulehnen, wenn die Verpachtung (mit Einräumung eines Vorkaufsrechtes) an solche Personen erfolgt, die damit nicht diesen konkreten Betrieb fortführen wollen, sondern ihren eigenen Betrieb im Wege der Pacht erweitern möchten; die Bewirtschaftung erfolgt dann nicht mehr von dieser Hofstelle aus.

#### g) Verzichtsverträge:

Soweit Verzichtvereinbarungen im Zusammenhang mit der Übergabe stehen oder die erbrechtliche Überleitung „flankieren“, können sie nach § 19 Abs. 4 KostO privilegiert sein. Ist der Pflichtteilsverzicht im Übergabevertrag erklärt, ist der Wert anteilig nach § 19 Abs. 4 KostO zu ermitteln. Beim Erbverzicht wird zu prüfen sein, ob derjenige, dem gegenüber verzichtet wird, noch weiteres erhebliches Vermögen hat. Soweit dies der Fall ist, dient der Verzicht insoweit nicht der Fortführung des Betriebes, so daß also eine Wertspaltung vorzunehmen ist.

In den Fällen des § 2312 BGB richtet sich die Höhe des Pflichtteils im Hinblick auf ein Landgut nicht nach dem Verkehrs-, sondern nach dem (i. d. R. wesentlich geringeren) Ertragswert. Da § 19 Abs. 4 KostO ausdrücklich auch Verzichtsverträge privilegiert, ist für den Wert des Pflichtteilsverzichtes weichender Erben grundsätzlich nicht vom Ertragswert, sondern vom 4-fachen Einheitswert auszugehen; sollte dieser im Einzelfall höher sein als der nach dem Ertragswert berechnete Pflichtteilsanspruch, wird man die Bestimmung des § 19 Abs. 5 KostO analog anwenden müssen.

### III. Die Rechtsfolgen bei der Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO

#### 1. Grundsatz

Ist die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes vollzogen, also festgestellt, daß das betroffene Rechtsgeschäft den in § 19 Abs. 4 KostO genannten Tatbestandsvoraussetzungen entspricht, so ergibt sich als Rechtsfolge, daß insoweit dann nicht mehr die Vorschriften des § 19 Abs. 1 und 2 KostO anzuwenden sind, sondern die Privilegierung des neugeschaffenen § 19 Abs. 4 KostO eingreift. Demnach ist das betroffene land- und forstwirtschaftliche Vermögen mit dem 4-fachen des letzten Einheitswertes zu bewerten. Gegenstandswert ist somit der 4-fache Einheitswert. Der Wert von Mobilien und Viehbestand, welche gemäß § 33 Abs. 2 BewG zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen gehören, können nicht hinzugerechnet werden; sie werden durch den Einheitswert erfaßt. Gegenstände, die außerhalb des Betriebsvermögens stehen und nicht im Einheitswert erfaßt sind, sind hinzuzurechnen, insbesondere die in § 33 Abs. 3 BewG genannten Positionen, aber auch sonstige, zum Privatvermögen gehörende, vom Vertrag aber betroffene Gegenstände.

Der 4-fache Einheitswert ist Gegenstandswert, nicht aber stets auch der *Geschäftswert*, der dem Gebührenansatz zugrundeliegt. Insoweit können sich durch § 39 und durch § 46 KostO Abweichungen ergeben.

Die *Nachweisproblematik* wird sich in Zukunft häufiger stellen als bisher. Insoweit gelten dann kraft Verweisung in § 19 Abs. 4 KostO die in § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 KostO enthaltenen Normen.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2243 S. 7.

<sup>21</sup> OLG Schleswig FamRZ 1985, 809; OLG Koblenz FamRZ 1985, 812.

Wertveränderungen seit der Feststellung des letzten Einheitswertes, etwa durch vorgenommene Baumaßnahmen oder Kultivierungen, vor allem im Rahmen eines Flurbereinigerungsverfahrens, trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es auf § 19 Abs. 3 KostO verweist. In solchen Fällen ist nach freiem Ermessen derjenige Wert zu bestimmen, der im maßgeblichen Zeitpunkt als Einheitswert festzustellen wäre<sup>22</sup>. Ob die Voraussetzungen für ein Abweichen von dem zuletzt festgestellten Einheitswert vorliegen, hat der Notar zu ermitteln, etwa durch eine Anfrage bei der zuständigen Behörde. Anfragen dieser Art unterliegen nicht dem Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz KostO<sup>23</sup>. Führen diese Ermittlungen zur Notwendigkeit, den Einheitswert fortzuschreiben, so kann, abweichend von der Regel, auch der nach dem Geschäft in der Zwischenzeit festgestellte neue Einheitswert zugrundegelegt werden<sup>24</sup>. Ist diese Möglichkeit nicht gegeben, wird der Notar sich also in das Bewertungsverfahren „hineindenken“ müssen, um einen fiktiven Einheitswert zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes, welches zu bewerten ist, ermitteln zu können.

Eine qualitativ andersgeartete wesentliche Veränderung wird allerdings vorliegen, wenn Grundstücke, die bewertungsrechtlich noch eine Land- oder Forstwirtschaft darstellen, in der Zwischenzeit Bauland, Industrieland oder Land für Verkehrszwecke geworden sind, den Vertragsgegenstand darstellen. Sie sind aus dem (überholten) Einheitswert „herauszunehmen“ und mit dem Verkehrswert anzusetzen. Anfragen über derartige Veränderungen, z. B. bei der zuständigen Gemeinde, unterliegen ebenfalls nicht dem Beweisaufnahmeverbot.

## 2. Austauschverträge

Nach § 39 Abs. 2 KostO ist bei Verträgen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben, der Wert der Leistung des einen Teils, und, wenn der Wert der Leistungen verschieden ist, der höhere maßgebend. § 39 Abs. 2 KostO hatte bis zum Inkrafttreten des § 19 KostO bisheriger Fassung (1.1.1969) eine erhebliche Bedeutung, die Vorschrift ist nunmehr wiederum, vor allem bei Übergabeverträgen, heranzuziehen. Lediglich bei unentgeltlichen Grundstücksgeschäften war bis zum 1.1.1969 und wird nach dem 1.7.1989 (für den Bereich der Land- und Forstwirtschaft) der Geschäftswert nach dem letzten Einheitswert berechnet; hiervon geht offenbar auch der Gesetzgeber aus<sup>25</sup>. Ein Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber auch für Austauschverträge den 4-fachen Einheitswert als Geschäftswert (nicht nur als Gegenstandswert) normieren wollte, ist nicht erkennbar; gesetzestechisch hätte dann die Regelung entweder in § 19 Abs. 4 KostO durch einen Hinweis auf § 39 Abs. 2 KostO (Geltungsausschluß) oder in § 39 Abs. 2 KostO selbst vorgenommen werden müssen.

§ 39 Abs. 2 KostO wird also in Zukunft bei Übergabeverträgen, aber auch bei Gesamtgutsauseinandersetzungen wieder erhöhte Bedeutung erlangen.

Bei *Gesamtgutsauseinandersetzungen* ist der Gegenstandswert des auseinandergesetzten Grundbesitzes der 4-fache Einheitswert; werden beim Ausscheiden Mitglieder der Gesamthand, z. B. weichende Miterben, abgefunden,

und ist die Summe der ihnen zustehenden Abfindung höher als der 4-fache Einheitswert, was regelmäßig der Fall sein wird, so ist dies der Geschäftswert gemäß § 39 Abs. 2 KostO (Beispiel: 4-facher Einheitswert DM 40.000,—, Abfindung an zwei Miterben je DM 50.000,—; Geschäftswert: DM 100.000,—, nicht DM 150.000,—. Der Anteil des „erwerbenden“ Miterben fällt bewertungsrechtlich nicht ins Gewicht.).

Beim *Übergabevertrag*, bei dem es sich in der Regel zivilrechtlich um eine Schenkung unter Auflagen handelt, ist die Summe des Wertes der Auflagen dem 4-fachen Einheitswert gegenüberzustellen. Zu den berücksichtigungsfähigen Auflagen gehören:

### (1) Leibgeding des Übergebers:

Das Leibgeding des Übergebers (Wohnungsrecht, laufende Leistungen, eventuell Nießbrauch) ist Teil der Gegenleistung und nach § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen. Der Notar wird also in Zukunft wieder, wie bis zum 1.1.1969, Ermittlungen über den Wert der einzelnen Gegenleistungen anzustellen haben. Zu beachten ist das Verwandtenprivileg des § 24 Abs. 3 KostO. Bei der Prüfung der Frage, ob, und gegebenenfalls mit welchem Ansatz, für einen Übergabevertrag ein höherer Wert von Grundbesitz als der 4-fache Einheitswert anzusetzen ist, sind in der Urkunde vereinbarte Altenteilsleistungen an Angehörige im Sinne von § 24 Abs. 3 KostO, also höchstens mit dem 5-fachen Jahreswert der vereinbarten Leistungen zu bewerten<sup>26</sup>.

### (2) Beerdigungs- und Grabpflegekosten:

Diese sind nach üblichen Grundsätzen zu kapitalisieren und gemäß § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen.

### (3) Abfindungen an weichende Geschwister:

Diese sind ebenfalls im Rahmen der Wertermittlung § 39 Abs. 2 KostO heranzuziehen.

### (4) Bedingte Auszahlungsverpflichtung:

Verpflichtet sich der Übernehmer, unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. bei einer Veräußerung des übergebenen Grundbesitzes) einen bestimmten Betrag, etwa an seine Geschwister, auszuzahlen, so ist diese Auszahlungsverpflichtung im Rahmen von § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen. Der Wert ist nach § 30 Abs. 1 KostO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Grades der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung zu schätzen<sup>27</sup>. I. d. R. werden hiernach 20% bis 50% des ggf. zu schätzenden bedingten Hinauszahlungsbetrages anzusetzen sein.

### (5) Wohnungsrechte für weichende Geschwister:

Derartige Rechte sind — wiederum unter Berücksichtigung des Verwandtenprivilegs gemäß § 24 Abs. 3 KostO — zu berücksichtigen.

### (6) Übernahme von Grundpfanddarlehen:

Sie ist Gegenleistung und damit gemäß § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen, so daß ein Übernehmer, der geringere

<sup>22</sup> Korlntenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 19 Rdz. 70.

<sup>23</sup> Rohs/Wedewer, KostO, § 19 Anm. 49 ff.

<sup>24</sup> KG DNotZ 1939, 59.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2343 S. 5.

<sup>26</sup> BayObLGZ 1956, 81; BayObLG MittBayNot 1965, 103; OLG Zweibrücken DNotZ 1966, 123; OLG Celle JurBüro 1968, 822.

<sup>27</sup> BayObLG 1964, 294; BayObLG JurBüro 1966, 792 mit Anm. Tschischgale JVB 1966, 202.

Schulden zu übernehmen hat, künftig auch mit niedrigeren Gebühren belastet sein wird als ein Landwirt, der höhere Schulden übernimmt.

#### (7) Verfügungsbeschränkungen u. ä.:

In Übergabeverträgen werden regelmäßig Verfügungsverbote vereinbart und Rücknahmerechte, etwa für den Fall des unverheirateten und kinderlosen Vorversterbens des Übernehmers, begründet. Diese Verfügungsbeschränkungen sind Auflagen und damit Teil der Gegenleistung, die nach § 39 Abs. 2 KostO zu ermitteln ist. Die Situation ist hier anders als beim Kauf, wo derartige Nebenbestimmungen im Regelfall nicht zu bewerten sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Sanktion für die Verletzung einer Verfügungsbeschränkung aus einem für den Übergeber begründeten Rücknahme-, Widerrufs- und Rücktrittsrecht besteht und durch eine Auflassungsvormerkung abgesichert wird. Zwar geht man bei einem Kaufvertrag davon aus, daß ein Wiederkaufsrecht gegenstandsgleich mit dem Kauf ist, wenn es für die Vertragsteile nur ein unselbständiges Sicherungsgeschäft darstellt; doch auch beim Kaufvertrag, der sich insoweit ohnehin nicht mit der Übergabe vergleichen läßt, nimmt man an, daß Kaufvertrag und Wiederkaufsrecht gegenstandsverschieden sind, sofern das Wiederkaufsrecht für Käufer und Verkäufer einen eigenen ideellen oder materiellen Wert hat<sup>28</sup>. Bei der Übergabe stellt die Verfügungsbeschränkung (mit oder ohne Sanktion) einen wesentlichen Teil der Gegenleistung dar, der in der Regel für den Übergeber und die weichenden Erben nicht nur einen ideellen, sondern auch einen materiellen Wert darstellt. Die Verfügungsbeschränkungen sind daher im Rahmen der Wertermittlung nach § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen. Bei der Wertberechnung ist jedoch nicht vom Verkehrswert eines land- bzw. forstwirtschaftlichen Betriebes auszugehen, sondern wiederum vom 4-fachen Einheitswert gemäß § 19 Abs. 4 KostO; es wird in der Regel angebracht sein, ca. 10% bis 20% aus dem 4-fachen Einheitswert für diesen Teil der Gegenleistung anzusetzen. Besteht die Sanktion für die Verletzung einer Verfügungsbeschränkung in der Zahlung eines bestimmten Geldbetrages, so wird man ca. 10% bis 20% dieses Betrages als Wert annehmen müssen. Rücktrittsrechte sind zwar in der Regel gegenstandsgleich im Sinn von § 44 KostO, also nicht gesondert wertmäßig zu erfassen; besteht die Sanktion für eine Verfügungsbeschränkung jedoch in einem Rücktrittsrecht, so handelt es sich hier insoweit nur um eine unselbständige Absicherung der Verfügungsbeschränkung. Diese steht im Vordergrund, sie (nicht das Rücktrittsrecht) ist im Rahmen der Wertermittlung nach § 39 Abs. 2 KostO zu erfassen.

#### (8) Erbrechtliche Nebenbestimmungen:

**Anrechnungsbestimmung:** Wird verfügt, daß sich der Erwerber den Wert des übergebenen Gegenstandes auf seinen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch anrechnen zu lassen hat (§§ 2050, 2315 BGB), besteht keine Möglichkeit, dies zu berücksichtigen, da die Ausgleichs- bzw. Anrechnungspflicht durch eine einseitige Erklärung des Übergebers entsteht; es handelt sich nicht um eine Gegenleistung des Erwerbers<sup>29</sup>.

**Pflichtteilsverzicht für Restvermögen:** Der Verzicht ist Gegenleistung, sein Wert ist also im Rahmen der Wertermittlung nach § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen.

**Totaler Pflichtteilsverzicht des Übernehmers:** Sein Wert ist nach § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen. Gehört zum Restvermögen des Übergebers landwirtschaftlicher Grundbesitz, ist insoweit § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden.

**Erbverzicht:** Er ist wie der totale Pflichtteilsverzicht zu behandeln.

**Gleichstellungserklärung:** Erklärt sich der Übernehmer durch die Übergabe mit seinen übrigen Geschwistern für gleichgestellt, so handelt es sich hier materiell-rechtlich i. d. R. um einen Erbvertrag oder einen Pflichtteilsverzichtsvertrag. Insoweit ist der Wert des höchsten Elternguts der Geschwister im Rahmen von § 39 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen, wobei bei einer Elterngutsergänzung die früheren Vorempfänge der Geschwister hinzurechnen sind.

#### (9) Verzicht auf Entschädigung des Übernehmers für Arbeit und Investitionen:

Der Verkehrswert der Leistungen ist zu berücksichtigen, sofern er durch einen nichteinredebehafteten Anspruch realisiert werden könnte. Ansonsten ist der nach den §§ 812 ff. BGB zu errechnende Wert maßgebend.

### 3. Verfügungen von Todes wegen

a) Bei Verfügungen von Todes wegen ist der durch § 19 Abs. 4 KostO für die Landwirtschaft eingeführte Gegenstandswert nicht in allen Fällen Geschäftswert. Dieser wird u. U. durch § 46 Abs. 4 KostO modifiziert: Wird nämlich über den ganzen Nachlaß oder einen Bruchteil davon verfügt, so ist der Gebührenberechnung der Wert des nach Abzug der Verbindlichkeit verbleibenden reinen Vermögens oder der Wert des entsprechenden Bruchteils des reinen Vermögens zugrunde-zulegen (§ 46 Abs. 4 Satz 1 KostO).

Auch insoweit ist, wie schon bei § 39 Abs. 2 KostO, also ein Wertvergleich, i. d. R. hier allerdings zu Lasten des Notars, durchzuführen: Das Aktivvermögen ist nach § 19 Abs. 4 KostO zu ermitteln, das Passivvermögen, will man nicht aus übergeordneten Gesichtspunkten Korrekturen an dieser Auslegung anbringen, nominal. Der Geschäftswert ist damit entsprechend niedriger als der Gegenstandswert nach § 19 Abs. 4 KostO. Das nicht in die Landwirtschaft einbezogene, also „bürgerliche“ Vermögen des Landwirts ist dem 4-fachen Einheitswert gemäß § 19 Abs. 4 KostO zuzurechnen, von der Summe dieser Werte sind die Verbindlichkeiten abzuziehen.

Der Gesetzgeber hat diese außerordentlich gravierende Auswirkung der Neufassung des § 19 Abs. 4 KostO wohl in Kauf genommen<sup>30</sup>. Es fragt sich, ob bei dieser Situation die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes<sup>31</sup> über den Abzug von Gegenleistungen bei Schenkungen (Abzug vom Einheitswert nicht nominal, sondern nur proportional im Verhältnis Einheitswert/Verkehrswert) herangezogen werden kann.

<sup>28</sup> Vgl. Knebes MittRhNotK 1975, 229.

<sup>29</sup> A. A. OLG Nürnberg RdL 1960, 269: Ist in einem Übergabevertrag bestimmt, daß der Übernehmer sich den Mehrwert des übergebenen Anwesens auf künftige Erb- oder Pflichtteilsansprüche anrechnen lassen muß, so ist der Geschäftswert gleich dem Verkehrswert des übergebenen Anwesens.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 11. Wahlperiode 2343 S. 7.

<sup>31</sup> Vgl. BFH BStBI 1982 II, 83; vgl. auch Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur schenkungsteuerrechtlichen Behandlung von gemischten Schenkungen sowie von Schenkungen unter einer Auflage vom 10.2.1983, BStBI 1983 I, 238 = DNotZ 1983, 330 = MittBayNot 1983, 90.

Das vorstehend dargestellte Problem, das durch die Einfügung von § 19 Abs. 4 KostO entstanden ist, hat bereits früher eine gewisse Rolle gespielt, als nach § 19 KostO a. F. für die Bewertung von Grundstücken grundsätzlich der Einheitswert maßgebend war. Zu der der Vorschrift des § 46 Abs. 4 KostO entsprechenden Bestimmung des § 107 Abs. 2 KostO, nach der für die Erteilung eines Erbscheins ebenfalls der Wert des nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Wertes des reinen Nachlasses maßgebend ist und die über § 49 Abs. 2 KostO auch für die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung eines Erbscheins gilt, hat das OLG Celle entschieden, daß Grundstücksbelastungen nicht im Verhältnis des Einheitswertes des Grundstücks zu seinem Verkehrswert zu kürzen sind<sup>32</sup>. Begründet wird diese Auffassung damit, daß die Herabsetzung der Verbindlichkeiten im Verhältnis des Einheitsverkehrswertes des Grundstücks nicht nur umfangreiche tatsächliche Ermittlungen erfordern, sondern auch dem das Kostenrecht beherrschenden Grundsatz der Einfachheit, Klarheit und leichten Anwendbarkeit der Vorschriften widersprechen würde. Diese Entscheidung stand jedoch im Widerspruch zu der Rechtsprechung, die zur Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen (LVO) ergangen ist, wonach ebenfalls die Bestimmung des Geschäftswertes im Verfahren zur Feststellung des Hoferben „nach dem Werte des Hofes nach Abzug der Schulden“ erfolgte. Danach waren grundsätzlich die Schulden in dem Verhältnis zu kürzen, in welchem der Einheitswert des Hofes zu seinem Verkaufswert stand<sup>33</sup>.

b) Wird nicht im Wege der Universalsukzession übergeleitet, gilt das Schuldenabzugsverbot des § 46 Abs. 4 KostO nicht. Wird in der Verfügung von Todes wegen ausschließlich zur Einzelrechtsnachfolge verfügt (Vermächtnis, Auflage), so ist der Wert der betroffenen Gegenstände ohne Schuldenabzug maßgebend, also gemäß § 19 Abs. 4 KostO der 4-fache Einheitswert des überzuleitenden Anwesens. Dieser 4-fache

<sup>32</sup> DNotZ 1962, 48.

<sup>33</sup> OGH RdL 1950, 152; OLG Celle RdL 1955, 332.

Einheitswert kann allerdings dann überschritten werden, wenn etwa der Vermächtnisnehmer durch Untervermächtnisse verpflichtet ist, Auszahlungen an weichende Erben zu leisten, die höher sind als der 4-fache Einheitswert; dann ist dieser höhere Wert Geschäftswert der Verfügung von Todes wegen.

#### 4. Nebengebühren

Der Geschäftswert, der sich aufgrund von § 19 Abs. 4 KostO in Verbindung mit § 39 Abs. 2 KostO bzw. § 46 Abs. 4 KostO ergibt, ist auch für die Nebengebühren maßgebend, sofern dieser auf den Geschäftswert des Hauptgeschäftes Bezug nimmt. Dies gilt insbesondere für die Gebühren nach den §§ 58 und 59 KostO, die Vollzugsgebühr nach § 146 KostO, aber auch die Entwurfsgebühr nach § 145 KostO. Im Rahmen von § 147 KostO ist der Geschäftswert eigenständig nach der Hilfstätigkeit des Notars zu ermitteln, also nicht immer vom Geschäftswert des Hauptgeschäftes abhängig; holt etwa der Notar aus Anlaß einer Übergabe die Schuldübernahmegenehmigung durch die Gläubiger ein, so ist der Beziehungswert, welcher Grundlage für die Geschäftswertermittlung im Rahmen des § 147 Abs. 2 KostO darstellt, nicht der 4-fache Einheitswert, sondern die Höhe der übernommenen Schuld.

#### IV. Übergangsregelung

Da der Gesetzgeber nichts anderes bestimmt hat, gilt die „ewige“ Übergangsvorschrift des § 161 KostO. Für Kosten, die vor dem 1.7.1989 fällig geworden sind, gilt daher noch § 19 KostO a. F. § 161 KostO ist vor allem relevant, wenn der Notar vor dem 1.7.1989 einen Entwurf gefertigt hat, die Beurkundung dann aber nach dem 1.7.1989 stattfindet. Für die Gebühr nach § 145 KostO gilt altes Recht, für die Beurkundungsgebühr die neue Regelung. § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO sieht eine Anrechnung der Entwurfsgebühr vor; eine Erstattungspflicht für den Fall, daß die Beurkundungsgebühr (aufgrund der Gesetzesänderung) niedriger ist als die Entwurfsgebühr, sieht § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO nicht vor.

II.

Kurze Beiträge

Einführung in das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)

— zugleich eine Besprechung von Ganske,  
Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), Köln 1988 —

Von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, Fürth

I.

„1992 . . . , das ist schon morgen!“; dieser Werbeslogan der Kommission der Europäischen Gemeinschaften<sup>1</sup> wurde zumindest auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in zeitlicher Vorwegnahme dieses Datums am 25. Juli 1985 Wirklichkeit: An diesem Tag erließ der Rat der Europäischen Gemeinschaften die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)<sup>2</sup>. Die Verordnung ist am 3. August 1985<sup>3</sup> in Kraft getreten. Die Errichtung einer EWIV ist ab dem 1. Juli 1989 möglich<sup>4</sup>.

Ganske, der Verfasser des zu besprechenden Werkes, hat als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland an allen Verhandlungen zum Thema EWIV im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft teilgenommen und auch den Entwurf des deutschen Ausführungsgesetzes<sup>5</sup> verfaßt.

Der Verfasser gibt in seinem Werk eine Einführung und ausführliche systematische Darstellung zu dieser neuen Rechtsform. Der Text der zugrundeliegenden EG-Verordnung und des deutschen Ausführungsgesetzes, die Materialien zum deutschen Ausführungsgesetz sowie ein Vertragsmuster zur Gründung einer solchen EWIV sind der Darstellung angeschlossen.

II.

Die EWIV ist eine europarechtliche oder übernationale Rechtsform. Die Ermächtigungsgrundlage der EGVO bildet Art. 235 EWG-Vertrag<sup>6</sup>. Es handelt sich bei der EGVO um sogenanntes „sekundäres“ Gemeinschaftsrecht. Nach

Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag<sup>7</sup> hat die Verordnung allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Der Europäische Gerichtshof entscheidet gemäß Art. 177 EWG-Vertrag über ihre Auslegung.

Die EGVO hat einen begrenzten Regelungsgegenstand, nämlich Gründung, rechtliche Existenz und innere Verfassung der EWIV<sup>8</sup>, enthält also lediglich ein „Rumpfrecht“<sup>9</sup>. Subsidiär greift das innerstaatliche Recht des Sitzstaates ein<sup>10</sup>. Dies ist in der Bundesrepublik Deutschland nach § 1 des deutschen AG das Recht der offenen Handelsgesellschaft. Zu Recht wird daher die deutsche EWIV<sup>11</sup> nach ihrer Grundstruktur als eine „offene Handelsgesellschaft mit Fremdgeschäftsführung“<sup>12</sup> bezeichnet.

Rechtsgeschichtlich ist die EWIV eine eigenständige Weiterentwicklung der im Jahre 1967 in das französische Recht eingeführten Rechtsform des *groupement d'intérêt économique* (GIE)<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Art. 189 Abs. 2 EWGV lautet:

„Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.“ Vgl. hierzu Ganske: „Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)“, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln 1988 (im folgenden nur „Ganske“ zitiert), S. 17.

<sup>8</sup> Ganske, S. 17.

<sup>9</sup> Scriba a. a. O., S. 53.

<sup>10</sup> Art. 2 Abs. 1 EGVO.

<sup>11</sup> Auf den ersten Blick scheint es ein Widerspruch in sich zu sein, wenn man von einer „deutschen“ EWIV oder von einer „inländischen“ EWIV spricht, da es sich um eine europäische Gesellschaftsform handelt (vgl. hierzu Autenrieth BB 1989, S. 305). Die EGVO enthält jedoch nur einige Rahmenregelungen, die durch nationales Recht ergänzt werden. Zu Recht weist daher Abmeier NJW 1986, S. 2987 ff. (2991) darauf hin, daß es künftig deutsche, französische usw. EWIV geben wird. Ähnlich Ganske S. 21, der ausführt, daß eine EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin außerhalb des Regelungsbereichs der EGVO „wie ein nationales deutsches Unternehmen“ zu behandeln ist.

Dementsprechend sehen die einzelnen EG-Sprachen für ihre EWIV folgende Bezeichnungen und Abkürzungen vor (nach Scriba a. a. O., S. 55):

*Dänisch:* Europæiske økonomiske firmagrupper (EFG);

*Deutsch:* Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV);

*Englisch:* European Economic Interest Grouping (EEIG);

*Französisch:* Groupement européen d'intérêt économique (GEIE);

*Griechisch:* Ευρωπαϊκός φίλος οικονομικού σκοπού

*Italienisch:* Gruppo europeo di interesse economico (GEIE);

*Niederländisch:* Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV);

*Portugiesisch:* Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE);

*Spanisch:* Agrupación europea de Interés económico (AEIE).

<sup>12</sup> Ganske, DB Beilage 20/85, S. 2.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu ausführlich Ganske S. 14.

<sup>1</sup> Vgl. die von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften herausgegebene Broschüre „Ein Europa ohne Grenzen“, Brüssel, Luxemburg, 1988.

<sup>2</sup> ABIEG L 199 vom 31.7.1985, nachstehend „EGVO“ genannt, vgl. auch den Hinweis in MittBayNot 1988, 195.

<sup>3</sup> Art. 43 Abs. 1 EGVO.

<sup>4</sup> Art. 43 Abs. 2 EGVO.

<sup>5</sup> Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14.4.1988 (BGBl. 1988 I S. 514), im folgenden „AG“ genannt.

<sup>6</sup> Art. 235 EWG-Vertrag lautet:

„Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erläßt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung die geeigneten Vorschriften.“

Die Vorschrift dient als „Mädchen für alles“ in den Fällen, in denen der EWGV ein Tätigwerden der Gemeinschaft nicht ausdrücklich vorschreibt (so Scriba, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, Heidelberg 1988, S. 46, Fn. 1).

### III.

Als wesentlicher Inhalt der EGVO bleibt festzuhalten<sup>14</sup>:

Die EWIV hat nach Art. 3 Abs. 1 EGVO den Zweck, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern oder zu entwickeln sowie die Ergebnisse dieser Tätigkeit zu verbessern oder zu steigern; sie hat nicht den Zweck, Gewinn für sich selbst zu erzielen. Die Vereinigung entsteht durch Vertrag und Eintragung in das zuständige (nationale) Register<sup>15</sup>. Mitglieder einer Vereinigung können natürliche Personen sowie Gesellschaften und „andere juristische Einheiten des öffentlichen oder des Privatrechts“ sein<sup>16</sup>; die Mitglieder müssen ihre Haupttätigkeit in verschiedenen Mitgliedsstaaten ausüben bzw. ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedsstaaten haben<sup>17</sup>. Die EWIV ist besonders für kleine und mittlere Unternehmen gedacht, doch besteht für die Mitglieder — anders als für die EWIV selbst<sup>18</sup> — keine Begrenzung auf eine bestimmte Arbeitnehmerhöchstzahl. Der Sitz der Vereinigung muß in der Gemeinschaft gelegen sein<sup>19</sup>. Ihre Organe sind die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder und der oder die Geschäftsführer<sup>20</sup>; diese vertreten die Vereinigung gegenüber Dritten<sup>21</sup>. Für die Verbindlichkeiten der Vereinigung haften deren Mitglieder unbeschränkt und gesamtschuldnerisch<sup>22</sup>.

Beim rechtlichen Umgang mit einer EWIV wird in Zukunft folgende Prüfungsreihenfolge (Normenhierarchie) einzuhalten sein: Zuerst sind die Bestimmungen der EGVO Nr. 2137/85 zu prüfen, in einem zweiten Schritt sind die Paragraphen des deutschen EWIV-Ausführungsgesetzes anzuwenden und erst auf einer dritten Stufe ist an die ganz subsidiären Normen der OHG zu denken<sup>23</sup>.

### IV.

Aus der Fülle der möglichen Klippen bei der Vertragsgestaltung<sup>24</sup> oder bei der Beratung im Zusammenhang mit einer EWIV sei nur auf einige hingewiesen:

1. Für die Gründung einer EWIV ist ein bestimmtes Kapital, das zum Schutze der Gläubiger als Haftungsmasse dienen könnte, nicht erforderlich. Die EGVO enthält daher auch keine Kapitalschutzvorschriften<sup>25</sup>.

Art. 24 Abs. 1 Satz 1 EGVO legt deshalb als Grundsatz des Gläubigerschutzes die unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der EWIV fest<sup>26</sup>, ein Umstand, der den Mandanten von vornherein von der Gründung einer EWIV abschrecken könnte.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Abmeler NJW 1986, S. 2987 ff. (2988).

<sup>15</sup> Art. 1 Abs. 1 S. 2 EGVO.

<sup>16</sup> Art. 4 Abs. 1 EGVO.

<sup>17</sup> Art. 4 Abs. 2 EGVO.

<sup>18</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c) EGVO.

<sup>19</sup> Art. 12 S. 1 EGVO.

<sup>20</sup> Art. 16 Abs. 1 S. 1 EGVO.

<sup>21</sup> Art. 20 Abs. 1 EGVO.

<sup>22</sup> Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGVO.

<sup>23</sup> Vgl. Autenrieth, BB 1989, S. 305 ff. (306).

<sup>24</sup> Die EWIV ist nach der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (zitiert bei Ganske S. 104 ff. [111]) einfach und flexibel konzipiert. Mit Recht weist daher Meyer-Landrut, RIW 1986, S. 107 ff. (111) darauf hin, daß von einer gründlichen Vertragsgestaltung das gute Funktionieren einer EWIV am meisten abhängen wird, eine Bemerkung, die gerade die Notare besonders ansprechen sollte!

<sup>25</sup> Ganske, S. 25, 64.

<sup>26</sup> Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGVO folgt damit u. a. dem Vorbild des deutschen (vgl. § 128 S. 1 HGB) Rechts. § 128 S. 1 HGB wird durch Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGVO verdrängt, vgl. hierzu Ganske S. 64.

Da aber nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) EGVO unstreitig juristische Personen Mitglieder einer EWIV sein können, läßt sich durch die Mitgliedschaft einer „EWIV-Beteiligungs-GmbH“ die Haftung faktisch begrenzen<sup>27</sup>. Anerkannt ist auch, daß die EWIV *ausschließlich* durch juristische Personen gegründet werden kann, so daß eine Parallele zur GmbH & Co. KG besteht, bei der ebenfalls alle Mitglieder für die Verbindlichkeiten nicht unbeschränkt haften<sup>28</sup>.

An Ängsten vor einer unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung soll und muß also die Gründung einer EWIV keinesfalls scheitern.

2. Ähnliches gilt im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EGVO, wonach die Tätigkeit der EWIV im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder stehen muß und nur eine *Hilfstätigkeit* hierzu bilden darf.

Da eine sinnvolle Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfstätigkeit eines profitorientierten Wirtschaftsunternehmens kaum vorzunehmen ist, ist der Begriff der „Hilfstätigkeit“ weit auszulegen<sup>29</sup>. Dieser Begriff soll nicht heißen, daß die EWIV nur Nebensächliches und Beiläufiges tun kann. Hilfstätigkeit ist vielmehr im Sinne von helfender Tätigkeit auszulegen<sup>30</sup>.

Zu Recht führt Ganske<sup>31</sup> aus, daß insoweit das Verbot der Ersetzung von Tätigkeiten der Mitglieder das einzig wirklich brauchbare Abgrenzungskriterium ist.

3. Stören könnte so manchen Mandanten und auch Berater die Formulierung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1, 2. Hs. EGVO, wonach die Vereinigung *nicht* den Zweck hat, *Gewinn* für sich selbst zu erzielen. Ist eine „wirtschaftliche“ Vereinigung, die keinen Gewinn erzielen soll, nicht ein Widerspruch in sich?

Die entsprechende Bestimmung der EGVO würde aber falsch verstanden, wenn nicht streng unterschieden würde zwischen dem Gewinnstreben für sich selbst (das ist nicht Zweck der EWIV) und dem Gewinnstreben für die Mitglieder der EWIV (das ist der wohl vornehmste Zweck einer EWIV)<sup>32</sup>. Daß insoweit nicht etwa ein Gewinnerzielungsverbot ausgesprochen wird, ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 EGVO, wonach Gewinne aus den Tätigkeiten der Vereinigung als Gewinne der Mitglieder gelten. Die negative Zweckbestimmung soll lediglich erneut die dienende Funktion („Hilfstätigkeit“) der EWIV zugunsten ihrer Mitglieder hervorheben<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Vgl. Weimar/Delp, Die Wirtschaftsprüfung 1989, S. 89 ff. (94 Fn 51).

<sup>28</sup> Autenrieth, BB 1989, S. 305 ff. (309); Ganske S. 48; Meyer-Landrut RIW 1986, S. 107 ff. (110 Fn. 12).

<sup>29</sup> Meyer-Landrut RIW 1986, S. 107 ff. (108); Kollhoser/Raddatz, JA 1989, S. 10 ff. (12).

<sup>30</sup> Gleichmann ZHR 149 (1985), S. 633 ff. (635, 636); Scriba a. a. O., S. 58 f. Zu eng daher die Interpretation von Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 1423, wonach die EWIV „nicht selbst Träger eines Unternehmens sein soll“.

<sup>31</sup> Ganske, S. 28.

<sup>32</sup> Vgl. Autenrieth BB 1989, S. 305 ff. (307). Ganske S. 29 führt hierzu aus, daß der zweite Halbsatz des Art. 3 Abs. 1 S. 1 EGVO nicht etwa als Verbot der Gewinnerzielung überhaupt zu verstehen sei. Vielmehr werde es der Regelfall sein, daß eine EWIV eine gewinnbringende Tätigkeit ausübe. Die Gewinnerzielungsabsicht müsse jedoch auf die Förderung der Mitglieder gerichtet sein. Hier zeige sich wie im Merkmal der Hilfsfunktion ein genossenschaftliches Element der neuen Rechtsform (vgl. zu letzterem Blomeyer ZfG Band 37, 1987, S. 144 ff.).

<sup>33</sup> Kollhoser/Raddatz, JA 1989, S. 10 ff. (12); Gleichmann ZHR 149 (1985), S. 633 ff. (645). Sehr plastisch führt Ganske S. 44 hierzu aus, nach ihrem Zweck solle die EWIV für sich selbst keinen Gewinn erzielen. Sie dürfe es jedoch für ihre Mitglieder. Klarer, wie häufig, hier der französische Text der EGVO: „Le groupement . . . n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même“. Die EWIV darf nicht Gewinn für sich *realisieren* (wohl aber Gewinne überhaupt erzielen!)

Wie jedes andere „wirtschaftliche“ Gebilde darf, sollte und muß letzten Endes auch die EWIV Gewinne erzielen — zur Förderung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder.

4. Da die EGVO auf Art. 235 EWG-Vertrag beruht, muß sie ein für den Gemeinsamen Markt und die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele wesentliches Kriterium enthalten<sup>34</sup>.

Im Zusammenhang mit den in Art. 4 Abs. 2 EGVO<sup>35</sup> niedergelegten Grundsätzen spricht Ganske<sup>36</sup> vom *grenzüberschreitenden Charakter* der EWIV, der ein europäisches Merkmal derselben darstellt:

Es müssen von den Mitgliedern der EWIV mindestens zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten *zuzurechnen* sein<sup>37</sup>. Das bedeutet aber nicht etwa, daß natürliche Personen als Mitglieder einer EWIV Staatsangehörige eines EG-Mitgliedsstaats sein müssen<sup>38</sup>. Es ist ebenso möglich wie zulässig, daß die Vereinigung sich aus Personen ein und derselben Nationalität zusammensetzt<sup>39</sup>. Der mögliche Kreis der Mitglieder einer EWIV läßt sich nur negativ dahingehend abgrenzen, daß Gesellschaften mit Hauptverwaltung in Drittstaaten oder natürliche Personen, die ihre Haupttätigkeit in Drittstaaten ausüben, sich nicht an einer EWIV beteiligen können<sup>40</sup>. Für interessierte EG-fremde Unternehmen bleibt die Möglichkeit, ein Mitglied zu erwerben oder in der Gemeinschaft eine selbständige Niederlassung zu gründen, die dort ihre Hauptverwaltung hat und dann Mitglied werden kann. Die Beschränkung ist also leicht zu umgehen und verliert damit ihren strengen, protektionistischen Charakter<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Gleichmann ZHR 149 (1985), S. 633 ff. (640).

<sup>35</sup> Art. 4 Abs. 2 EGVO lautet:

„Eine Vereinigung muß mindestens bestehen aus:

- a) zwei Gesellschaften oder anderen juristischen Einheiten im Sinne des Absatzes 1, die ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedsstaaten haben;
- b) zwei natürlichen Personen im Sinne des Absatzes 1, die ihre Haupttätigkeit in verschiedenen Mitgliedsstaaten ausüben;
- c) einer Gesellschaft oder anderen juristischen Einheit und einer natürlichen Person im Sinne des Absatzes 1, von denen erstere ihre Hauptverwaltung in einem Mitgliedsstaat hat und letztere ihre Haupttätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ausübt.“

<sup>36</sup> Ganske S. 34 f.

<sup>37</sup> Ganske S. 35.

<sup>38</sup> Wenn Zschocke „Europäische Gemeinschaften — Die neue Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)“, Bundesstelle für Außenhandelsinformation — AWSt Nr. A — 3/88 — März 1988, S. 8 und 12 ausführt, eine EWIV müsse wenigstens zwei Mitglieder aus zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten besitzen bzw. der EWIV gehörten mindestens zwei Mitglieder aus zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten an, so ist dies zumindest sehr mißverständlich.

Beispiel: Ein Inder, der seine Haupttätigkeit in Paris ausübt und ein Brasilianer, der seine Haupttätigkeit in Köln ausübt, können selbstverständlich eine EWIV gründen. Es kommt bei natürlichen Personen nur darauf an, daß diese ihre Haupttätigkeit in verschiedenen Mitgliedsstaaten ausüben (Art. 4 Abs. 2 lit. b) EGVO).

<sup>39</sup> Weimar/Delp, Die Wirtschaftsprüfung 1989, S. 89 ff. (92); Beispiel: Ein deutscher Immobilienmakler, der seine Haupttätigkeit in Frankreich ausübt, gründet mit einem deutschen Immobilienmakler, der seine Haupttätigkeit in der Bundesrepublik ausübt, eine EWIV.

<sup>40</sup> Gleichmann ZHR 149 (1985), S. 633 ff. (640); Scriba a. a. O., S. 81, 82. Kritik hierzu bei Autenrieth BB 1989, S. 305 ff. (308), im Hinblick auf die Freihandelsgrundsätze in den EG-Freihandelsabkommen mit der Schweiz und anderen Staaten. Diese Freihandelsabkommen seien gegenüber der EGVO gleichrangiges Recht. Alle Unternehmen mit Sitz in einem Land, das zur EG einen Freihandelsvertrag unterhält und die in der EG tätig seien, könnten in eine EWIV aufgenommen werden, wenn schon zwei EG-Mitgliedsunternehmen beteiligt seien.

<sup>41</sup> So Scriba a. a. O., S. 82.

5. Nach Art. 22 Abs. 1 EGVO kann jedes Mitglied der Vereinigung seine Beteiligung an der Vereinigung ganz oder teilweise an ein anderes Mitglied oder an einen Dritten abtreten; die Abtretung wird erst wirksam, wenn die übrigen Mitglieder ihr einstimmig zugestimmt haben.

Eine Vereinbarung im Gründungsvertrag wie bei den deutschen Personengesellschaften dahingehend, daß die Abtretung ohne Zustimmung der anderen Mitglieder erfolgen kann („*Entvinkulierung*“<sup>42</sup>) ist mangels Zulassung in der EGVO nicht möglich<sup>43</sup>.

6. Die EGVO unterscheidet im Rahmen der Beschlußerfordernisse zwischen den Fallgruppen der unabdingbaren *Einstimmigkeit*, der konkret abdingbaren Einstimmigkeit und der allgemein abdingbaren Einstimmigkeit<sup>44</sup>. Nach Art. 17 Abs. 3 S. 2 EGVO sind für den Fall, daß der Vertrag keine Bestimmungen enthält, die Beschlüsse einstimmig zu fassen. Im Gründungsvertrag sind daher unbedingt die Fälle vorzusehen, in denen Beschlüsse mit Mehrheit gefaßt werden können<sup>45</sup>.

## V.

Wir Notare werden in Zukunft vorwiegend wohl nur mit Handelsregisteranmeldungen<sup>46</sup> einer EWIV befaßt werden. Der Gründungsvertrag einer EWIV muß in schriftlicher Form abgeschlossen werden, wie sich aus Art. 5 und 7 EGVO ergibt. Eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich und darf vom nationalen Recht für den Gründungsvertrag selbst auch nicht vorgeschrieben werden, weil die EGVO eine abschließende Regelung enthält<sup>47</sup>. Gleichwohl ist die Gestaltung eines EWIV-Gründungsvertrages wegen der Abstimmung verschiedenrangiger Rechtsschichten (EG-Recht und nationales Recht) eine ziemlich schwierige Angelegenheit. Es wird an jedem einzelnen Notar liegen, ob er sich mit diesem zukunftsweisenden europäischen Rechtsinstitut frühzeitig auseinandersetzt oder dessen Gestaltung anderen Berufsständen überläßt.

Es wäre wohl auch der falsche Ansatzpunkt, die Frage der Akzeptanz der EWIV bei den beteiligten Wirtschaftskreisen allzusehr in den Vordergrund zu stellen. Spekulationen hierüber sind aus heutiger Sicht ziemlich müßig. Die Schaffung der ersten Gesellschaftsform europäischen Rechts bedeutet einen Wert an sich, ein Symbol auf dem Weg zur europäischen Integration<sup>48</sup>. Trotz mancher kritischer Stimmen<sup>49</sup> sollten die Chancen für die Akzeptanz der EWIV in den Mit-

<sup>42</sup> Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 1426, Fn. 9.

<sup>43</sup> Ganske, S. 55.

<sup>44</sup> Vgl. Ganske, S. 49 f.

<sup>45</sup> Formulierungsvorschläge bei Ganske, S. 133 f. und bei Scriba a. a. O., S. 128.

<sup>46</sup> Vgl. §§ 2 und 3 des deutschen AG.

<sup>47</sup> Ganske, S. 37.

<sup>48</sup> Kollhoser/Raddatz, JA 1989, S. 10 ff. (16).

<sup>49</sup> Vgl. etwa Marcus Lutter in seinem Vortrag: Europa und das Unternehmensrecht; Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Saarbrücken, Nr. 118, S. 11 f. Lutter bezeichnet die EWIV als „Gebilde von höchst zweifelhaftem Wert“; aus jeder Vorschrift der Verordnung schlage dem Leser „die Angst von Kommission und Rat, die Angst also der Mitgliedsländer und der in ihnen bestehenden Interessen entgegen“. Unter Hinweis auf die der EWIV auferlegten Tätigkeitsbeschränkungen und die unbeschränkte Haftung der Mitglieder vermag Lutter „nicht (zu) erkennen, worin der Reiz und Vorteil dieses Gebildes liegen sollen“.

gliedstaaten der EG nicht zu pessimistisch beurteilt werden<sup>50</sup>. Die EWIV wird sich europaweit nicht deshalb durchsetzen, weil die Wirtschaft ständig hartnäckig danach verlangt, sondern weil die Berater der interessierten Wirtschaftskreise im Einzelfall aufgrund fundierter Kenntnis der Rechts- und Sachlage zur Gründung einer EWIV raten.

Für die Bundesrepublik Deutschland kommt folgende Besonderheit hinzu: Die EGVO enthält keine Bestimmungen über die Rechnungslegung der Vereinigung. Damit gelten die einzelstaatlichen Buchführungs- und Bilanzierungsgrundsätze des jeweiligen Sitzstaates. Daher werden die

<sup>50</sup> Kollhossler/Raddatz, JA 1989, S. 10 ff. (16).

Grundsätze der Vierten EG-Richtlinie voraussichtlich in allen Mitgliedsstaaten angewendet werden müssen, abgesehen von der Bundesrepublik, wo die Vereinigung Personengesellschaft ist<sup>51</sup>. Dieser wesentliche Vorteil dürfte die Bundesrepublik als Sitzstaat für eine EWIV sehr attraktiv machen<sup>52</sup>.

Bei der für den rechtlichen Berater notwendigen Beschäftigung mit dem Recht der EWIV dürfte „Der Ganske“ — das ist schon heute abzusehen — auf Jahre hinaus der Klassiker bleiben.

<sup>51</sup> Art. 2 Abs. 1 EGVO, § 1 AG.

<sup>52</sup> Scriba, a. a. O., S. 157.

## Die Übernahme des Gründungsaufwands durch die GmbH

— zugleich Besprechung des BGH-Beschlusses  
vom 20.2.1989 — II ZB 10/88 — \*

Von Notarassessor Dr. Dieter Mayer, Augsburg

### 1. Der Beschluß vom 20.2.1989

Kurze Zeit nach seinen klärenden Worten zum Anwendungsbereich der Registersperre<sup>1</sup> und zur Beurkundungs- und Eintragungsbedürftigkeit von Organschaftsverträgen<sup>2</sup> hatte der Bundesgerichtshof aufgrund eines Vorlagebeschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG) Gelegenheit, sich mit der praxiswichtigen Frage der Behandlung des Gründungsaufwands bei der GmbH zu befassen.

Streitig war insbesondere die formelle Frage, ob in entsprechender Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG der Gesamtbetrag des von der Gesellschaft übernommenen Gründungsaufwands in der Satzung angegeben werden muß, oder ob die in der Vertragspraxis weitgehend übliche namentliche Benennung der Einzelposten des Gesamtaufwands ohne ziffernmäßige Angabe genügt.

In Abweichung zu den Entscheidungen des OLG Hamm (GmbHR 1984, 155) und des OLG Düsseldorf (GmbHR 1987, 59 ff.), die forderten, daß in die Satzung die geschätzte Höhe des Gründungsaufwands betragsmäßig aufzunehmen ist, hat das BayObLG (DB 1988, 2351 ff. mit zust. Anm. *Reithmann*, EWIR 1989, 53 ff.) die Auffassung vertreten, eine Aufnahme der Gründungskosten, welche die GmbH bereits kraft Gesetzes nach der Eintragung treffen (also vor allem Anmeldekosten, Eintragungskosten, Bekanntmachungskosten und die Gesellschaftsteuer) in die Satzung sei nicht erforderlich. Danach müßten nur die Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages betragsmäßig aufgenommen werden, denn nur diese sind von den Gründern selbst zu tragen (§ 2 Nr. 1, § 141 KostO).

Der Bundesgerichtshof hat in seinem überzeugenden Beschluß vom 20.2.1989 dem BayObLG einen argumentativen Zirkelschluß nachgewiesen und ausdrücklich betont, der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, die Öffentlichkeit über Vorbelastungen des Stammkapitals zuverlässig zu informieren, sei im Interesse des Gläubigerschutzes nur

durch eine betragsmäßige Offenlegung in der Satzung erreichbar, wobei unerheblich sei, wer den Gründungsaufwand im Außenverhältnis schulde.

Die Praxis wird sich daher in Zukunft darauf einstellen müssen, daß der Gesamtaufwand, den die Gesellschaft zu Lasten ihres Nominalkapitals zu tragen hat, in der Satzung ziffernmäßig offenzulegen ist.

Die Angabe eines Gesamtbetrages genügt. Ein Einzelnachweis ist anders als bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 37 Abs. 1 S. 5 AktG) auch in der Anmeldung nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die Anmeldung den Wortlaut der Satzung über die Festsetzung der Aufwandsübernahme sinngemäß wiederholt<sup>3</sup>. Was in die Anmeldung der Gesellschaft aufzunehmen ist, ist in den §§ 7, 8 GmbHG abschließend geregelt. Eine über die entsprechende Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG hinausgehende Heranziehung von Vorschriften des streng formellen aktienrechtlichen Gründungsrechts hätte einer ausdrücklichen Anordnung durch den Bundesgerichtshof bedurft<sup>4</sup>.

### 2. Rechtsfolgen einer Nichtaufnahme des Gründungsaufwands

#### a) Grundsatz

Fehlt eine ziffernmäßige Angabe des Gesamtbetrags in der Satzung, so haben die Gründungsgesellschafter den gesamten Gründungsaufwand zu tragen oder der Gesellschaft zu erstatten, ohne daß sie ihrerseits Anspruch auf Aufwandsersatz hätten<sup>5</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich betont, daß dies — unabhängig von den Haftungsverhältnissen im Außenverhältnis — auch für diejenigen Gründungskosten gilt, welche die Gesellschaft an sich kraft Gesetzes selbst zu

\* In diesem Heft, S. 168; vgl. hierzu auch die kritische Besprechung von Hüffer, EWIR 1989, 479 f.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, DB 1988, 2554 ff. = MittBayNot 1989, 33.

<sup>2</sup> BGH, DB 1988, 2623 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261; hierzu Timm, GmbHR 1989, 11 ff., Ulmer, BB 1989, 10 ff., Heckschen, DB 1989, 29 ff. und Flume, DB 1989, 665.

<sup>3</sup> So wohl auch Scholz/Winter, GmbHG, 7. Aufl. 1986, § 7 Rdnr. 31; a.A. offenbar Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 12. Aufl. 1987, § 3 Rdnr. 29 und Hachenburg/Ulmer, Ergänzungsband §§ 1 — 12 GmbHG, 1985, § 5 Rdnr. 174.

<sup>4</sup> Soweit ersichtlich wird mit Ausnahme der vorstehend angegebenen Abweichungen eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 1 S. 5 AktG in der GmbH-Literatur und Rechtsprechung nicht vertreten.

<sup>5</sup> Vgl. die Nachweise unter Ziffer IV.3 des Beschlusses.

tragen hätte (z. B. Anmeldungskosten — § 2 Nr. 1 KostO —, Bekanntmachungskosten, Gesellschaftsteuer — § 10 Abs. 1 KVStG —).

Unterbliebene oder fehlerhafte Festsetzungen können nur bis zur Eintragung der Gesellschaft durch Satzungsänderung<sup>6</sup> nachgeholt oder geheilt werden<sup>7</sup>. Von der Festsetzung ausgenommen sind somit nur Einzelposten, die die Gesellschafter aus ihrem Privatvermögen ablösen, andernfalls sind in der Satzung nicht festgesetzte und von der Gesellschaft verauslagte Beträge spätestens bis zur Anmeldung zu erstatten, soweit aufgrund der Zahlung die gesetzlichen Mindestleistungen der Gesellschafter zum Anmeldezeitpunkt nicht mehr im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind. Überdies ist die Anmeldevoraussetzung des § 7 Abs. 2 GmbHG (Mindestleistung) nicht erfüllt und eine Versicherung der Geschäftsführer gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG, welche die fehlenden Beträge nicht erwähnt, unrichtig, mit der Haftungsfolge des § 9 a Abs. 1 GmbHG<sup>8</sup>. Wird Gründungsaufwand ohne Festsetzung in der Satzung bereits vor Zugang der Anmeldung beim Registergericht aus den eingezahlten Mindestleistungen bestritten, so ist das Verschweigen dieser Verwendung tatbestandsmäßig im Sinne des § 82 Abs. 1 S. 1 und damit strafbar<sup>9</sup>. Insbesondere auf das Beraterhonorar werden in der Praxis häufig bereits vor der Anmeldung Vorschüsse aus dem Gesellschaftsvermögen bezahlt (vgl. dazu nachstehend Ziff. 3 b).

In diesem Zusammenhang wird deutlich, daß die Problematik der Übernahme des Gründungsaufwands, über die im BGH-Beschluß angesprochene formelle Komponente hinaus, auch die weit bedeutsamere materielle Fragestellung erfaßt, ob die Differenzhaftung der Gründer und die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Versicherung über evtl. Vorbelastungen in der Anmeldung, auch für die von der Gesellschaft in der Satzung übernommenen Gründungskosten gilt und ob der Grundsatz der Kapitalerhaltung (§ 30 Abs. 1 GmbHG) einer Entnahme der Gründungskosten aus dem Gesellschaftsvermögen entgegensteht. Vor diesem Hintergrund stellt sich dann natürlich die weitere Frage, welche Einzelposten in den Gründungsaufwand einbezogen und mit befreiender Wirkung für die Gründer auf die Gesellschaft abgewälzt werden können.

Vorstehende Fragestellungen führen unmittelbar zum Problembereich der sog. Differenzhaftung der Gründer, ohne dessen Begutachtung die materielle Komponente der Übernahme des Gründungsaufwands nicht verdeutlicht werden kann.

#### b) Differenzhaftung

Seit der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 80, 129 ff. = NJW 1981, 1373 ff. = MittBayNot 1981, 192 ff.) ist anerkannt, daß das vom Reichsgericht in Anlehnung an § 41 Abs. 2 und 3 AktG entwickelte Vorbelastungsverbot, wonach eine Belastung des Gesellschaftsvermögens mit vor der Eintragung begründeten Verbindlich-

keiten unzulässig ist, durch die sog. Differenzhaftung abgelöst wird. Der Bundesgerichtshof (NJW 1981, 1375 und NJW 1976, 419) hat ausdrücklich betont, die Aufgabe des Vorbelastungsverbots bedeute nicht, daß das gesetzlich garantierte Anfangsvermögen der GmbH vorweg durch eine Belastung mit Verbindlichkeiten ausgehöhlt werden darf, die sich weder aus dem Gesetz noch aus der Satzung ergeben. Soweit durch Geschäfte der Gesellschafter vor Eintragung der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen vermindert wird, trifft die Gesellschafter die Verpflichtung, ein durch Vorbelastung entstandenes Kapitaldefizit im Wege der Differenzhaftung analog § 9 GmbHG aufzufüllen. Die vorgenannte Haftung ist weder der Höhe nach durch die vom einzelnen Gesellschafter zu leistende Stammeinlage, noch durch den Nennbetrag des satzungsmäßigen Stammkapitals begrenzt und umfaßt somit auch einen darüberhinausgehenden Betrag im Sinne eines Passivsaldo<sup>10</sup>.

Über die vorgenannte Differenzhaftung hinaus besteht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Eintragungsverbot, wenn das Vermögen der Vor-GmbH über die notwendigen Gründungskosten hinaus bereits durch Verluste unter den Betrag des Stammkapitals (bestehend aus vorhandenen und ausstehenden Einlagen) geschmälert ist<sup>11</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat bislang eine solche Haftung nur für Kapitaleinbußen als Folge von Geschäften angenommen, die weder im Gesetz noch in der Satzung ihre Grundlage hatten<sup>12</sup>. Von der Differenzhaftung und dem Eintragungsverbot nimmt der BGH somit ausdrücklich die Gründungskosten aus, die „der Sache nach zu Lasten der GmbH gehen, wie insbesondere Eintragungs- und Bekanntmachungsgebühren“<sup>13</sup>.

Bei der Berechnung der maßgeblichen Haftungsdifferenz ist demzufolge stets vom tatsächlich bilanziell vorhandenen Vermögen zum Zeitpunkt der Eintragung<sup>14</sup> unter Nichtberücksichtigung der Gründungskosten<sup>15</sup> auszugehen. Dies verdeutlicht, daß die Gründer hinsichtlich der in der Satzung betragsmäßig festgelegten Gründungskosten von jeder Inanspruchnahme aus der Differenzhaftung freigestellt sind<sup>16</sup>.

Wurden die Gründungskosten in der Satzung betragsmäßig festgesetzt und wurde in der Anmeldung darauf Bezug genommen, dann ist der Grundsatz, daß den Geschäftsführern im Zeitpunkt der Anmeldung die versprochenen Einlageleistungen zur freien Verfügung stehen müssen, insoweit ausnahmsweise durchbrochen<sup>17</sup>. Die Versicherung der Geschäftsführer über die vollständige Einlageleistung (§ 8 Abs. 2 GmbHG ist dann in diesem eingeschränkten Sinn zu verstehen<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. BGH GmbHR 1982, 183 und 225; Beispiel: Einzahlung vor Eintragung insgesamt 50.000,— DM; diese Beträge wurden voll ausgegeben, andere Aktiva sind nicht mehr vorhanden, darüberhinaus sind Schulden in Höhe von 150.000,— DM aufgelaufen; Haftung der Gesellschafter nach Eintragung insgesamt 200.000,— DM zuzüglich etwa noch offener Einlagen.

<sup>11</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 1376.

<sup>12</sup> Vgl. die Nachweise bei Fleck, GmbHR 1983, 5 ff., 10.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 1376.

<sup>14</sup> So BGH NJW 1981, 1376, während ein Großteil der Literatur auf den Zeitpunkt der Anmeldung abstellen will, vgl. die Nachweise bei Scholz/Winter, a.a.O. § 9 c Rdnr. 24.

<sup>15</sup> Vgl. OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1181.

<sup>16</sup> Vgl. Scholz/Winter a.a.O. § 7 Rdnr. 31.

<sup>17</sup> Wie hier: Scholz/Winter, a.a.O. § 7 Rdnr. 31.

<sup>18</sup> Vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O. § 7 Rdnr. 49.

<sup>6</sup> Vor Eintragung der Gesellschaft gelten hierfür nicht die §§ 53 ff. GmbHG, sondern § 2 GmbHG, wonach bei fehlender Bevollmächtigung in der Gründungsurkunde alle Gesellschafter mitwirken müssen, vgl. neuestens BayObLG, DB 1988, 2354 ff.; a.A. Priester, ZIP 1987, 280 ff.

<sup>7</sup> Analog § 26 Abs. 3 S. 2 AktG; vgl. Scholz/Winter a.a.O. § 5 Rdnr. 113 m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. Scholz/Winter a.a.O. § 7 Rdnr. 31.

<sup>9</sup> Vgl. Scholz/Tiedemann § 82 Rdnr. 72 und 79.

### 3. Abwälzung des Gründungsaufwands, insbesondere der Beratungskosten

#### a) Umfang

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, daß der Frage, was unter Gründungsaufwand im Sinne des BGH-Beschlusses zu verstehen ist und ob der so verstandene Gründungsaufwand zu Lasten der Gläubiger der Gesellschaft von den Gesellschaftern auf die Gesellschaft abgewälzt werden kann, ohne daß die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter und das Eintragsverbot zur Anwendung kommen, erhebliche Bedeutung zukommt.

Unstreitig gehören zum Gründungsaufwand die Notarkosten nach der Kostenordnung, die Gerichtskosten beim Registergericht, die Bekanntmachungskosten und die Gesellschaftsteuer. Unter Anlehnung an § 26 Abs. 2 AktG gehören hierzu aber auch Beratungshonorare für Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und sonstige Gründungsberater<sup>19</sup>.

Inwieweit auch die in der Praxis enorm bedeutsamen Beratungskosten unter Inanspruchnahme der vorstehenden Privilegien (vgl. Ziffer 2 b a. E.) auf die Gesellschaft überlagert werden dürfen, ist noch nicht endgültig geklärt<sup>20</sup>. Der Bundesgerichtshof mußte sich zu dieser Problematik nicht äußern, weil in dem seiner Entscheidung zugrunde liegenden Fall die Kosten der Gründungsberatung nicht auf die Gesellschaft abgewälzt wurden.

Die Zulässigkeit der Abwälzung ergibt sich im Hinblick auf die für die Aktiengesellschaft vertretene ganz herrschende Auffassung<sup>21</sup> aus der vom Bundesgerichtshof vertretenen entsprechenden Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG. Die Vorschrift stellt mittelbar klar, daß die Gesellschaft den gesamten Gründungsaufwand übernehmen und mit ihm ins Leben treten kann. Der Rechtsverkehr wird dadurch geschützt, daß es die entsprechende Festsetzung in der Satzung jedem Dritten ermöglicht, sich über die Belastung der Gesellschaft mit Gründungsaufwand durch Einsicht in die Registerakten zu unterrichten.

Nicht zum Gründungsaufwand gehören unstreitig die Aufwendungen für den Betrieb des Unternehmens der künftigen GmbH<sup>22</sup>.

#### b) Haftungsfolgen bei Nichtfestsetzung der Beratungskosten

Fehlt es an einer Festsetzung der Beratungskosten in der Satzung und wird, wie häufig in der Praxis das Beratungshonorar (bzw. Vorschüsse) bereits vor der Anmeldung der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen bezahlt, so

ist, wie bereits erwähnt, nicht nur die Haftungsvorschrift des § 9 a GmbHG (gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer) anwendbar<sup>23</sup>, sondern die Geschäftsführer machen sich überdies strafbar<sup>24</sup>. Daneben besteht ein Eintragsverbot, wenn das Vermögen der Vor-GmbH bereits infolge vorbelastender Begleichung eines in der Satzung nicht festgesetzten Gründungsaufwands unter den Betrag des Stammkapitals geschmälert ist und das Registergericht dies aufgrund Einsicht in die Kontoauszüge der Vor-GmbH und entsprechender Nachfragen erkennen kann. Wird dennoch eingetragen, so sind die Gründer zum einen der Differenzhaftung ausgesetzt, die vom Konkursverwalter noch fünf Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geltend gemacht werden kann<sup>25</sup>, und zum anderen sind sie selbst bei ausgeglichener Bilanz verpflichtet, der Gesellschaft solche Kosten zu erstatten, für die diese an sich im Außenverhältnis zu Recht als Gebühren- oder Steuerschuldner in Anspruch genommen wurde (vgl. bereits bei Ziff. 2 a).

#### c) Beratungshonorar für Gründer

Wird an die Gründer selbst ein Beraterhonorar oder ein sonstiger Gründungslohn bezahlt, so ist auch bei entsprechender Festsetzung in der Satzung § 30 GmbHG zu beachten, d. h. eine Zahlung darf nur zu Lasten des freien, also über § 30 GmbHG hinaus vorhandenen Vermögens erfolgen<sup>26</sup>.

### 4. Satzungsgestaltung

Um die aufgezeigten Nachteile für Gründer und Geschäftsführer zu vermeiden, ist es daher dringend erforderlich, in der *Satzung* auch die Kosten der Gründungsberatung auf die Gesellschaft abzuwälzen:

#### Formulierungshinweis:

„Die Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, der Bekanntmachung, der Anmeldung der Gesellschaft und ihrer Eintragung im Handelsregister, die anfallende Kapitalverkehrssteuer und die Kosten der Gründungsberatung trägt die Gesellschaft bis zu einem geschätzten Betrag von . . . . DM; etwa darüber hinausgehende Gründungskosten tragen die Gesellschafter.“

Nach den bisherigen Erfahrungen halten die Registergerichte im süddeutschen Raum bei einem Stammkapital von 50.000,— DM Vorbelastungen von regelmäßig bis zu 2.000,— DM, allenfalls bis zu 3.500,— DM für zulässig.

Wie bereits erwähnt, läßt der BGH (vgl. Ziffer 3 des Beschlusses) eine Schätzung der als Gesamtbetrag in die Satzung aufzunehmenden Einzelbeträge zu, soweit diese nicht genau beziffert werden können. Diese Schätzung wird in der Praxis fast ausschließlich die Beratungskosten betreffen, da alle anderen Einzelposten bereits exakt berechnet werden können. Gehen die einbezogenen Beraterkosten über einen angemessenen Rahmen hinaus, so ist das Registergericht berechtigt (vgl. § 9 c GmbHG), einen detaillierten Nachweis über die angefallenen Beratungskosten zu verlangen und bei Nichterbringung dieses Nachweises die Eintragung abzulehnen.

<sup>23</sup> Scholz/Winter, a. a. O. § 7 Rdnr. 31.

<sup>24</sup> Scholz/Tiedemann, a. a. O. § 82 Rdnr. 71.

<sup>25</sup> BGH DB 1989, 217 = MittBayNot 1989, 98.

<sup>26</sup> Zutreffend Fischer/Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 3 Rdnr. 29; Baumbach/Hueck a. a. O. § 5 Rdnr. 55; Roth, a. a. O. § 5 Anm. 6 und Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 5 Rdnr. 168, 175; a. A. Scholz/Winter a. a. O. § 5 Rdnr. 113, wonach § 30 GmbHG nicht entgegensteht, wenn eine ordnungsgemäße Festsetzung in der Satzung erfolgt.

<sup>19</sup> Vgl. BayObLG, DB 1988, 2351; Fischer/Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 3 Rdnr. 29; OLG Hamm, BB 1984, 88; Schmidt/Troschke, GmbHR 1986, 253; Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 5 Rdnr. 158; Crezilius DSr 1987, 743, 748; Beck'scher Bilanzkommentar, Budde/Karig, § 248 Rdnr. 2.

<sup>20</sup> Für Überlagerung: Scholz/Winter, a. a. O. § 5 Rdnr. 113; Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 5 Rdnr. 175, wohl stillschweigend auch angenommen bei OLG Hamm, BB 1984, 88 und OLG Düsseldorf GmbHR 1987, 60; Fischer/Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 3 Rdnr. 29; Roth, GmbHG 2. Aufl. 1987, § 5 Rdnr. 6; einschränkend Baumbach/Hueck GmbHG 15. Aufl. 1988, § 5 Rdnr. 55 für Beratungshonorare an Gesellschafter, ebenso Fischer/Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 7 Rdnr. 11 jeweils unter Hinweis auf die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbHG.

<sup>21</sup> Vgl. Kölner Kommentar zum AktG, Band 1, 2. Aufl. 1988; Kraft, § 26 Rdnr. 22 m. z. w. Nachw.

<sup>22</sup> Vgl. statt vieler: Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 5 Rdnr. 171.

Ist ein angemessener Rahmen eingehalten oder liegen nur geringe Abweichungen zu den tatsächlich entstandenen Kosten vor, ist den Interessen außenstehender Dritter durch die satzungsmäßige Festsetzung eines Höchstbetrages genüge getan. Der Rechtsverkehr weiß in diesem Fall, daß das sich in einem angemessenen Rahmen bewegende „Schätzrisiko“ möglicherweise zu Lasten des Gesellschaftsvermögens geht.

Bei der *Anmeldung* sollte im Rahmen der Versicherung über die Erbringung der Einlageleistungen ergänzt werden:

„Der eingezahlte Betrag von insgesamt DM . . . . ., steht, soweit er nicht bereits zur Bezahlung der in § . . . festgesetzten und bei der Gründung angefallenen Steuern, Gebühren und Kosten der Gründungsberatung verwendet wurde, endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers.“

#### **5. Hinweis auf Differenzhaftung**

Zum Abschluß sei noch folgender Hinweis erlaubt:

Auf dem Hintergrund der häufig für die Gründer existenzgefährdenden Auswirkungen der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Differenzhaftung,

sollte in der notariellen Praxis nicht nur auf die Handelndenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbH<sup>27</sup> hingewiesen werden, sondern auch auf die strengen Vorschriften über die Differenzhaftung der Gesellschafter bei Vorbelastungen und auf das Eintragungsverbot.

#### *Belehrungshinweis:*

„Der Notar hat darauf hingewiesen, daß bei Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister der Wert des Gesellschaftsvermögens (zuzüglich des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands) nicht niedriger sein darf als das Stammkapital und jeder Gesellschafter zur Leistung eines insoweit bestehenden Fehlbetrags ohne Beschränkung auf die versprochene Einlageleistung verpflichtet ist und daß das Registergericht berechtigt ist, bei im Zeitpunkt der Eintragung unausgeglichenen Vorbelastungen die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister abzulehnen.“

<sup>27</sup> Die überdies ausscheldet, wenn der Geschäftsführer ausdrücklich im Namen der GmbH i. Gr. gehandelt hat; vgl. BGHZ 53, 210 ff., K. Schmidt, GmbHR 1973, 149 ff.

## IV. Rechtsprechung

### A. Bürgerliches Recht

1. BGB § 108 Abs. 2, § 182 Abs. 2 (*Genehmigung des von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages nach Eintritt der Volljährigkeit*)

**Wer sich auf die Unwirksamkeit eines von ihm als Minderjährigen geschlossenen, nach Eintritt seiner Volljährigkeit von ihm genehmigten Vertrages beruft, trägt die Beweislast für seine Behauptung, sein gesetzlicher Vertreter habe vor Eintritt der Volljährigkeit die Genehmigung des Vertrages gegenüber dem anderen Vertragsteil verweigert.**

BGH, Urteil vom 25.1.1989 — IVb ZR 44/88 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die am 3.11.1944 geborene Ehefrau (Antragstellerin) heiratete am 27.8.1965 mit Zustimmung ihrer Mutter als gesetzlicher Vertreterin den im Jahre 1938 geborenen Ehemann (Antragsgegner), der damals als Glasermeister einen eigenen Betrieb aufbaute, in dem die Ehefrau mitarbeitete. Am 31.8.1965 schlossen die Parteien einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten. Eine Zustimmung ihrer Mutter konnte die damals noch minderjährige Ehefrau nicht erreichen. Nach Eintritt ihrer Volljährigkeit genehmigte sie am 10.11.1965 in notarieller Urkunde die von ihr im Ehevertrag vom 31.8.1965 abgegebenen Erklärungen.

Als Folgesache in dem seit 5.11.1986 rechtshängigen Scheidungsverfahren der Parteien begehrt die Ehefrau im Wege der Stufenklage Zugewinnausgleich. Sie hält die Gütertrennung nicht für wirksam vereinbart, weil ihre Mutter die Genehmigung des Ehevertrages alsbald nach Vertragsschluß ausdrücklich verweigert habe.

Das Amtsgericht — Familiengericht — hat durch Teilurteil den Antrag der Ehefrau in der Folgesache Zugewinnausgleich abgewiesen. Auf die Berufung der Ehefrau hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert. Ihrem Antrag, den Ehemann zu verurteilen, ihr über den Bestand seines Endvermögens am 5.11.1986 durch Vorlage eines schriftlichen Verzeichnisses und über den Wert der darin aufgeführten Vermögensgegenstände Auskunft zu erteilen und die für die Bewertung erforderlichen (im einzelnen bezeichneten) Belege vorzulegen, hat es — mit einer geringen Einschränkung — stattgegeben (das Urteil ist in FamRZ 1988, 1167 veröffentlicht).

Mit der — zugelassenen — Revision erstrebt der Ehemann die Zurückweisung der Berufung, soweit sie Erfolg hatte.

#### *Aus den Gründen:*

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

Der von der Ehefrau erhobene Auskunftsanspruch kann nur aus §§ 1379, 260 BGB begründet sein. Er setzt voraus, daß für die Ehe der Parteien der gesetzliche Güterstand gilt.

1. Durch den Ehevertrag vom 31.8.1965 haben die Parteien gemäß § 1408 Abs. 1 BGB den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen und Gütertrennung vereinbart. Der Vertrag ist in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, nämlich zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile (§ 1410 BGB), geschlossen worden.

2. Da die Ehefrau zur Zeit des Vertragsabschlusses das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, war sie nach § 2 BGB in der bis zum 31.12.1974 geltenden Fassung noch nicht volljährig, sondern nach § 106 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Sie konnte einen Ehevertrag daher nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters schließen (§ 1411 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gesetzliche Vertreterin war ihre Mutter. Diese hatte in den Ehevertrag aber weder im voraus eingewilligt noch hat sie ihn später genehmigt (§ 108 Abs. 1 BGB).

3. Der Ehevertrag kann daher nur dadurch Wirksamkeit erlangt haben, daß die Ehefrau ihn am 10.11.1965 selbst genehmigt hat. Dazu war sie befugt; denn da sie inzwischen volljährig geworden war, trat nach § 108 Abs. 3 BGB ihre Genehmigung an die Stelle der Genehmigung der Mutter.

Gesetzliche Formerfordernisse stehen der Wirksamkeit ihrer Genehmigung nicht entgegen. Insbesondere bedurfte diese nicht der für den Ehevertrag in § 1410 BGB bestimmten Form. Dieser in § 182 Abs. 2 BGB allgemein niedergelegte Grundsatz gilt auch für die eigene Genehmigung des Minderjährigen nach Eintritt seiner Volljährigkeit gemäß § 108 Abs. 3 BGB (vgl. BGH Urteil vom 21.1.1980 — II ZR 153/79, LM-BGB § 108 Nr. 4 [= MittBayNot 1980, 167 = DNotZ 1981, 183]; RGRK/Krüger-Nieland BGB 12. Aufl. § 108 Rdnr. 11; Soergel/Hefermehl BGB 12. Aufl. § 108 Rdnr. 9).

4. Die Genehmigung der Ehefrau hat den Ehevertrag indessen nur dann wirksam werden lassen, wenn ihre gesetzliche Vertreterin die Genehmigung nicht zuvor bereits wirksam verweigert hatte. (*Vom Abdruck der weiteren Entscheidungsgründe zu der im Leitsatz entschiedenen Frage wird abgesehen.*)

#### *Anmerkung der Schriftleitung:*

In der vorstehenden Entscheidung geht der IVb-Zivilsenat des BGH davon aus, daß nach § 182 Abs. 2 BGB auch die Genehmigung beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte formfrei möglich ist. Der III. Zivilsenat (MittBayNot 1988, 227 f.) hat zur Genehmigung eines nach § 313 BGB formbedürftigen Rechtsgeschäfts diese Frage offengelassen (vgl. auch OLG Karlsruhe MittBayNot 1988, 170 f.).

2. BGB §§ 633, 634, 635 (Mitwirkungspflicht des Veräußerers bei der Geltendmachung abgetretener Gewährleistungsansprüche)

**Hat sich der Veräußerer einer neu errichteten Eigentumswohnung gegenüber dem Erwerber unter Abtretung der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche gegen andere am Bau Beteiligte formulärmäßig freigezeichnet und will der Erwerber diese Ansprüche gegen die am Bau beteiligten Handwerker geltend machen, muß der Veräußerer auch ohne besonderes berechtigtes Interesse des Erwerbers die mit den Handwerkern vereinbarten Werkverträge und die Abnahmeprotokolle herausgeben (im Anschluß an Senatsurteil NJW 1984, 2094 [= MittBayNot 1984, 123 = DNotZ 1984, 760]).**

BGH, Urteil vom 22.12.1988 — VII ZR 266/87 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Kläger erwarben mit „Kaufvertrag“ vom 6.8.1984 von dem Beklagten eine Eigentumswohnung (mit Tiefgaragenstellplatz), die dieser — zusammen mit fünf anderen Wohnungen — in einer Wohnungseigentumsanlage errichtet hatte. In Abschnitt V des Vertrages ist unter anderem folgendes geregelt:

„Der Verkäufer verpflichtet sich, binnen angemessener Frist die anlässlich der Abnahme des Vertragsgegenstandes festgestellten Mängel zu beseitigen und fehlende Leistungen zu erbringen. Insoweit haftet der Verkäufer dem Käufer noch unmittelbar. Die Beteiligten vereinbaren hierzu, daß für die Regelung der Gewährleistungsansprüche zwischen dem Verkäufer und dem Käufer die Vorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B), insbesondere deren § 13 Anwendung finden. Der Wortlaut des § 13 VOB/B wurde dem Käufer bekannt gemacht. Der Text dieser Vorschrift ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt.

Für die bei der Übergabe nicht feststellbaren Mängel am Bauwerk gilt folgende Gewährleistungsregelung: Der Verkäufer tritt mit Besitzübergabe alle ihm gegen die am Bau beteiligten Handwerker, Lieferanten und sonstigen Unternehmer zustehenden Gewährleistungs- und Erfüllungsansprüche an den Käufer ab, der diese Abtretung annimmt. Die Eigenhaftung des Verkäufers im Rahmen der Verdingungsordnung für Bauleistungen bleibt jedoch insoweit bestehen, als sich der Käufer aus den an ihn abgetretenen Ansprüche gegen die am Bau beteiligten Handwerker, Lieferanten und sonstigen Unternehmer nicht schadlos halten kann. Diese subsidiäre Haftung des Verkäufers tritt bereits dann ein, wenn die Aufforderung des Käufers zur Mängelbeseitigung nach angemessener Fristsetzung erfolglos bleibt. Sollte der Verkäufer aufgrund dieser subsidiären Haftung vom Käufer in Anspruch genommen werden, ist Letzterer verpflichtet, die an ihn abgetretenen Gewährleistungsansprüche auf Verlangen auf den Verkäufer zurückzuübertragen. Der Verkäufer ist verpflichtet, den Käufer bei der Durchsetzung berechtigter Ansprüche unentgeltlich zu unterstützen. Er hat dem Käufer auf Verlangen eine Liste der am Bau beteiligten Handwerker, Lieferanten und sonstigen Unternehmer zu übergeben.

Der Verkäufer versichert, daß er mit den am Bau beteiligten Handwerkern, Lieferanten und sonstigen Unternehmern die Verdingungsordnung für Bauleistungen vereinbart hat.“

Nach Bezug der Wohnung durch die Kläger wurde am 14.1.1985 zwischen dem Kläger zu 1) und dem Beklagten ein Übergabeprotokoll aufgenommen, in dem — nach Auflistung verschiedener Mängel — folgendes vereinbart wurde:

„Die aufgeführten Mängel bzw. Nachholarbeiten werden durch die Verkäuferin behoben.

Nach Ausführung dieser Arbeiten ist jede weitere Haftung der Verkäuferin ausgeschlossen.

Gemäß VOB (Verdingungsordnung für Bauleistung) haften künftig die am Bau beteiligten Handwerker.

Eine Liste der am Bau beschäftigten Handwerker wurde bereits übergeben.“

In der „Liste der am Bau beteiligten Handwerker“ sind — geordnet nach einzelnen Gewerken — die tätig gewordenen Unternehmer jeweils mit Name, Anschrift und Telefonnummer aufgeführt.

Im Februar 1986 stellte ein von dem Kläger zu 1) beauftragter Sachverständiger zahlreiche Mängel am Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentumsanlage fest. Die Kosten für die notwendigen Nachbesserungsarbeiten schätzte er auf 37.370,— DM zuzüglich 14% Mehrwertsteuer, die Wertminderungen berechnete er mit 4.800,— DM. Die Kläger forderten daraufhin unter dem 14.4.1986 den Beklagten auf, die Mängel bis zum 15.5.1986 zu beseitigen, hilfsweise bis 25.4.1986 mitzuteilen, welche Baubeteiligten für welche Mängel verantwortlich sind, sowie die betreffenden Werkverträge und Abnahmeprotokolle zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Die Kläger verlangen deshalb mit der Klage die Beseitigung der gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum und Erstattung der Sachverständigenkosten in Höhe von 3.546,77 DM nebst Zinsen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der — angenommenen — Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

#### Aus den Gründen:

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die formulärmäßige Freizeichnung des Veräußerers von seiner eigenen Gewährleistungspflicht gegenüber dem Erwerber von neu errichteten oder noch zu errichtenden Eigentumswohnungen und Häusern allenfalls bei gleichzeitiger Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche gegen andere am Bau Beteiligte und auch dann nur insoweit möglich, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen schadlos halten kann. Das Risiko, daß die Schadloshaltung fehl schlägt, trägt der Veräußerer; seine — aufschiebend bedingte — Gewährleistungshaftung lebt dann wieder auf (vgl. zuletzt Senatsurteil BGHZ 92, 123, 126/127 [= MittBayNot 1984, 179] m. w. N.). Dabei ist ein solcher Fehlschlag nicht nur gegeben, wenn der zunächst Verantwortliche zur Mängelbeseitigung nicht mehr imstande ist. Die subsidiäre Eigenhaftung des Veräußerers tritt vielmehr bereits dann ein, wenn dieser den Erwerber bei der Durchsetzung der Ansprüche nicht hinreichend unterstützt (Senatsurteile NJW 1980, 282, 283 [= DNotZ 1980, 225]; 1984, 2094, 2095 [= MittBayNot 1984, 123 = DNotZ 1984, 760 mit Anm. Stürmer] jeweils m. w. N.).

Den Veräußerer trifft somit — auch ohne ausdrückliche Aufnahme in die Freizeichnungsklausel — eine Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht als vertragliche Nebenpflicht gemäß § 402 BGB (vgl. Senatsurteil BGHZ 70, 389, 391). Dieser Pflicht kommt er nicht schon dadurch nach, daß er dem Erwerber eine Handwerkerliste übergibt, in der die am Bau Beteiligten mit den ausgeführten Arbeiten namentlich aufgeführt sind (vgl. Senatsurteil NJW 1984, 2084, 2095). Vielmehr muß er den Erwerber über den Inhalt der jeweiligen Verträge mit den Handwerkern, über den Zeitpunkt der Abnahme der Handwerkerleistungen und über den damit verbundenen Lauf der Verjährung unterrichten. Auch ist er gehalten, noch offene Restwerklohnforderungen und damit etwa zu erwartende Leistungsverweigerungen der Handwerker zu offenbaren. Nur dann kann der Erwerber abschätzen, welche Aussicht auf Erfolg ein gegenüber den Handwerkern gerichtetes Mängelbeseitigungsverlangen hat (Senatsurteile NJW 1984, 2094, 2095; vom 13.1.1975 — VII ZR 194/73 = BauR 1975, 206, 208 und vom 28.6.1979 — VII ZR 176/78 = BauR 1979, 514, 516 = ZfBR 1979, 235, 236).

b) Dieser ihm gegenüber den Klägern obliegenden Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht kam der Beklagte nicht nach. Zwar überließ er den Klägern — wie in Abschnitt V des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags vorgesehen — im Zusammenhang mit dem am 14.1.1985 aufgenommenen Übergabeprotokoll eine „Liste der am Bau beteiligten Handwerker“. Den Klägern war es jedoch nicht möglich, aufgrund der Angaben in dieser Liste erfolversprechend gegen

die am Bau der Wohnungseigentumsanlage tätig gewordenen Unternehmer vorzugehen. Die Liste enthält nur — zugeordnet nach einzelnen Gewerken — die Namen, Anschriften und Telefonnummern der Handwerker. Die für eine Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen notwendigen Einzelheiten der zwischen dem Beklagten und den Handwerkern abgeschlossenen Verträge, insbesondere etwa vereinbarte Gewährleistungsregelungen, konnten die Kläger daraus nicht entnehmen. Auch blieb ihnen der Zeitpunkt der jeweiligen Abnahme der Handwerkerleistungen und damit der Beginn der Verjährungsfristen unbekannt. Der Beklagte war deshalb aufgrund seiner Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht gehalten, den Klägern weitere Auskünfte zu erteilen und Unterlagen auszuhändigen. Die Kläger konnten daher zu Recht — nachdem sie mit Schreiben vom 14.4.1986 gegenüber dem Beklagten die Mängel am Gemeinschaftseigentum im einzelnen gerügt hatten — von dem Beklagten verlangen, ihnen die für die einzelnen Mängel verantwortlichen Baubeteiligten zu benennen. Auch stand ihnen gemäß § 402 BGB gegen den Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe der Werkverträge und Abnahmeprotokolle zu.

c) Ein *besonderes* berechtigtes Interesse an den Unterlagen brauchten die Kläger — entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts — bei Geltendmachung ihres Auskunftsanspruchs nicht nachzuweisen. Aus ihrem an den Beklagten gerichteten Schreiben vom 14.4.1986 geht hervor, daß sie die einzelnen Baubeteiligten für die festgestellten Mängel zur Verantwortung ziehen wollten. Der Beklagte konnte somit erkennen, daß die Kläger — über die ihnen bereits überlassene Liste hinaus — für ihr weiteres Vorgehen die gewünschten Unterlagen benötigten. Aufgrund seiner Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht war er deshalb gehalten, den Klägern die Werkverträge und Abnahmeprotokolle auch ohne Nachweis eines besonderen berechtigten Interesses zur Verfügung zu stellen.

d) Da der Beklagte seiner Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften und Herausgabe von Unterlagen nicht nachkam, konnten sich die Kläger aus den ihnen abgetretenen Gewährleistungsansprüchen gegen die am Bau beteiligten Handwerker und sonstigen Unternehmer nicht schadlos halten. Entsprechend der zwischen den Parteien in Abschnitt V des Vertrags getroffenen Vereinbarung ist deshalb die subsidiäre Haftung des Beklagten gegenüber den Klägern eingetreten. Den Klägern stehen somit wegen den von ihnen behaupteten Mängeln am Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentumsanlage Gewährleistungsansprüche gegen den Beklagten zu. Dabei richtet sich die Verpflichtung des Beklagten, etwaige Mängel zu beseitigen, nach § 633 Abs. 2 BGB, nicht nach § 13 Nr. 5 VOB/B. Denn die in Abschnitt V des Vertrags enthaltene „Regelung der Gewährleistungsansprüche“ nach den Vorschriften der VOB/B, insbesondere des § 13 VOB/B, ist eine „isolierte“ Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der VOB/B, die sowohl in einem Formularvertrag als auch in einem einzelnen Erwerbsvertrag unwirksam ist, wenn sie — wie hier — auf eine vom Bauträger gestellte Vertragsbedingung zurückgeht (Senatsurteil NJW 1987, 2373 [= MittBayNot 1987, 193 = DNotZ 1987, 684] m. w. N., erst neuerdings wieder Urteil vom 24.11.1988 — VII ZR 222/87 — zur Veröffentlichung bestimmt).

3. BGB §§ 633, 634, 635, 638, 640; AGBG §§ 9, 10 Nr. 1; VOB/B (1973) § 13 (*Zulässige Vereinbarung der VOB/B-Gewährleistung mit fünfjähriger Gewährleistungsfrist in den Vertragsbedingungen eines Bauträgers*)

a) Die Klausel in — Aufträgen an Bauhandwerker zugrundeliegenden — „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ eines Bauträgers, wonach die Leistungen des Auftragnehmers einer förmlichen Abnahme im Zeitpunkt der Übergabe des Hauses bzw. des Gemeinschaftseigentums an den oder die Kunden des Bauträgers bedürfen, „es sei denn, daß eine solche Abnahme nicht binnen sechs Monaten seit Fertigstellung der Leistung des Auftragnehmers erfolgt ist“, benachteiligt die Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

b) Die in — Aufträgen an Bauhandwerker zugrundeliegenden — „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ eines Bauträgers enthaltene Klausel, „für die Gewährleistung gilt VOB/B/Paragraph 13, jedoch beträgt die Verjährungsfrist in Abänderung von Satz 4 generell fünf Jahre“, hält der Inhaltskontrolle nach dem AGBG stand.

BGH, Urteil vom 23.2.1989 — VII ZR 89/87 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Firma D. B. GmbH & Co. KG (früher DS GmbH & Co. KG) plante und errichtete als Bauträger Bauvorhaben. Ihren Aufträgen an Bauhandwerker legte sie „Vertragsbedingungen für Bauleistungen — Fassung vom 1.9.1985“ zugrunde, die in Teil B 8 für „Abnahme und Gewährleistung“ folgendes bestimmen:

„Die Leistungen des AN bedürfen einer förmlichen Abnahme durch die DS, die im Zeitpunkt der Übergabe des Hauses — bei Eigentumswohnungen bei Übergabe des Gemeinschaftseigentums — an den bzw. die Kunden der DS erfolgt, es sei denn, daß eine solche Abnahme nicht binnen 6 Monaten seit Fertigstellung der Leistung des AN erfolgt ist und der AN schriftlich die Abnahme seines Gewerkes von DS verlangt ...“

Für die Gewährleistung gilt VOB/B/Paragraph 13, jedoch beträgt die Verjährungsfrist in Abänderung von Satz 4 generell fünf Jahre.“

Mit der gemäß § 13 AGBG erhobenen Klage verlangte die klagende Bauinnung von der Firma DS GmbH & Co. KG, diese in den „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ enthaltenen Klauseln sowie sechs Klauseln aus — bei der Auftragserteilung ebenfalls zugrundegelegten — „Technischen Vorbemerkungen für Rohbauarbeiten“ nicht mehr zu verwenden.

Landgericht und Oberlandesgericht — sein Urteil ist in BauR 1987, 554 und in NJW-RR 1987, 661 abgedruckt — haben der Klage stattgegeben.

#### *Aus den Gründen:*

I., II. ...

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann in einem Bau- oder Bauträgervertrag die Gewährleistungsregelung der VOB/B „isoliert“ zumindest insoweit nicht wirksam vereinbart werden, als damit die Gewährleistungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB verkürzt wird. Das gilt nicht nur, wenn die Regelung des § 13 VOB/B „isoliert“ in einem vom Unternehmer oder Bauträger verwendeten Formularvertrag, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuzuordnen ist, vereinbart wird. Eine nach § 11 Nr. 10 f AGBG unwirksame Einbeziehung der Vorschrift liegt vielmehr auch dann vor, wenn in einem einzelnen, vom Unternehmer oder Bauträger abgefaßten Vertrag auf § 13 VOB/B Bezug genommen oder der Wortlaut dieser Vorschrift wiedergegeben wird. Denn damit werden Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Vertrag einbezogen, ohne zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt

worden zu sein (vgl. Senatsurteile BGHZ 96, 129 [= MittBayNot 1985, 250 = DNotZ 1986, 17]; 100, 391, 399 [= MittBayNot 1987, 190 = DNotZ 1987, 681]; NJW 1986, 713, 714 [= MittBayNot 1986, 17 = DNotZ 1986, 269] — insoweit in BGHZ 96, 146 nicht abgedruckt; NJW 1987, 2373 [= MittBayNot 1987, 193 = DNotZ 1987, 684]; zuletzt vom 29.9.1988 — VII ZR 186/87 = BauR 1989, 77, 78 = ZfBR 1989, 28, 29; vom 24.11.1988 — VII ZR 222/87 und vom 22.12.1988 — VII ZR 266/87 [= MittBayNot 1989, 137, in diesem Heft] — beide zur Veröffentlichung bestimmt). Allerdings ist die „isolierte“ Vereinbarung des § 13 VOB/B wirksam, wenn sie auf eine vom Auftraggeber gestellte Vertragsbedingung zurückgeht. In diesem Fall ist für eine Inhaltskontrolle zugunsten des Auftraggebers, der mit der von ihm verwendeten Vorschrift des § 13 VOB/B auch die für ihn ungünstige 2-jährige Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B in den Vertrag einbezogen hat, kein Raum (Senatsurteil BGHZ 99, 160).

2. Diese Grundsätze finden im vorliegenden Fall, in dem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Vorschrift des § 13 VOB/B Bezug genommen wird, keine Anwendung. Die in B 8 Abs. 2 der „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ angenommene Gewährleistungsklausel wurde zwar von der Gemeinschuldnerin als Auftraggeberin den für sie tätigen Subunternehmen gestellt. Sie enthält aber insgesamt keine für den Auftraggeber ungünstige Regelung, weil sie statt der 2-jährigen Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B die 5-Jahresfrist des § 638 BGB vorsieht. Deshalb kann auch nicht von der Unwirksamkeit der Regelung aufgrund einer „isolierten“ Vereinbarung des § 13 VOB/B ausgegangen werden; denn die Gewährleistungsfrist des § 638 BGB wird durch die getroffene Regelung gerade nicht verkürzt. Eine solche Klausel wird daher auch im Schrifttum überwiegend für zulässig und wirksam gehalten (so *Beigel* BauR 1988, 142, 143; *Bunte/Hensen*, Bauverträge und AGB-Gesetz, 2. Aufl., S. 28, *Ingenstau/Korbion* aaO A § 10 Rdnr. 150; *Jagenburg* NJW 1987, 2414, 2417 f.; *Kaiser* BauR 1987, 617; *Korbion/Locher* aaO Rdnr. 262; *Siegburg* EWiR 1986, 303; *ders.*, Gewährleistung beim Bauvertrag, Rdnr. 55, 347; *Thesen* ZfBR 1986, 153; *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO Anh. §§ 9 – 11 Rdnr. 911; aA *Palandt/Heinrichs*, BGB, 48. Aufl., § 9 AGBG Anm. 7 b „Bauverträge“; *F. Schmidt* ZfBR 1986, 207; zweifelnd *Bunte* in Festschrift für Korbion (1986), S. 17, 26; *ders.* BauR 1988, 255).

3. Mit der im Schrifttum nahezu einhellig vertretenen Meinung ist der Senat der Auffassung, daß die in B 8 Abs. 2 der „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ enthaltene Gewährleistungsregelung wirksam ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts benachteiligt sie die Vertragspartner der Gemeinschuldnerin nicht unangemessen. Auch ist sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, zu vereinbaren (§ 9 AGBG).

a) Die Gewährleistungsregelung, die sich aus einer Verweisung auf § 13 VOB/B und einer davon abweichenden 5-jährigen Verjährungsfrist zusammensetzt, entspricht hinsichtlich der ausdrücklich aufgeführten Gewährleistungsfrist der Vorschrift des § 638 Abs. 1 BGB. Im übrigen weicht sie durch die Bezugnahme auf § 13 VOB/B von den für das Werkvertragsrecht geltenden Gewährleistungsvorschriften der §§ 633 ff. BGB sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Auftraggebers ab. So kann der Auftraggeber gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B — abweichend von den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 208 ff. BGB — durch eine schriftliche Anzeige einen Neubeginn der 2-jährigen Regelfrist des § 13 Abs. 4 VOB/B herbeiführen. Auch gewährt ihm

§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B schon nach fruchtlosem Ablauf einer dem Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung gesetzten angemessenen Frist ein Ersatzvornahmerecht; anders als nach § 633 Abs. 3 BGB müssen dabei nicht alle Verzugsvoraussetzungen erfüllt sein. Demgegenüber ist — abweichend von § 634 Abs. 1 BGB — gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B ein Anspruch des Auftraggebers auf Minderung unter engeren Voraussetzungen gegeben; ob eine Wandelung überhaupt in Betracht kommt, ist zumindest zweifelhaft (Senatsurteile BGHZ 42, 232, 234; 51, 275, 278; vgl. zum Meinungsstand *Ingenstau/Korbion* aaO B § 13 Rdnr. 657 ff.). Auch ist ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B — anders als nach § 635 BGB — davon abhängig, daß ein wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Mangel vorliegt.

b) Dieser sich von den einschlägigen BGB-Vorschriften unterscheidende Inhalt der Klausel führt jedoch nicht dazu, daß die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Zwar mag es für den Auftraggeber einfacher sein, lediglich durch eine schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung die Verjährungsfrist zu verlängern und dadurch — worauf das Berufungsgericht hinweist — unter Umständen eine Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers von nahezu sieben Jahren zu erreichen (vgl. zur Länge der Gesamtgewährleistungsfrist gemäß § 13 Nr. 4, 5 VOB/B Senatsurteil BGHZ 66, 142). Die Möglichkeit, die Gewährleistungsfrist zu verlängern, hat der Auftraggeber aber auch dann, wenn er mit dem Auftragnehmer einen Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB abschließt. Rügt der Besteller eines solchen Werkvertrags einen Mangel und unterzieht sich der Unternehmer der Beseitigung des Mangels, wird nach § 639 Abs. 2 BGB die (gemäß § 638 Abs. 1 BGB 5-jährige) Verjährung — unter Umständen für eine nicht unerhebliche Zeit — gehemmt. Erklärt sich der Unternehmer zur Mängelbeseitigung im Rahmen seiner Nachbesserungspflicht bereit, liegt darin vielfach ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis im Sinne des § 208 BGB (vgl. Senatsurteil NJW 1988, 1259); die 5-jährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB beginnt dann nach Beendigung der Unterbrechung neu zu laufen (§ 217 BGB). Beantragt der Besteller — wie in der Praxis häufig — eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, wird gemäß § 639 Abs. 1 i. V. m. § 477 Abs. 2 Satz 1 BGB die Verjährung ebenfalls unterbrochen. Auch in diesem Fall läuft somit nach Beendigung der Unterbrechung erneut die 5-jährige Verjährungsfrist.

Der Auftraggeber als Besteller eines Werkvertrags kann daher — auch ohne Vereinbarung der VOB/B — nach den gesetzlichen Vorschriften eine Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers erreichen, die unter Umständen aufgrund jahrelanger Unterbrechungen einen Zeitraum von fünf Jahren erheblich überschreitet und weit über sieben Jahre andauert (so auch *Ingenstau/Korbion* aaO A § 10 Rdnr. 143; *Locher* NJW 1979, 2235, 2238). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann deshalb nicht angenommen werden, daß die in der Klausel enthaltene Heranziehung der VOB/B-Regeln die Vorschriften des BGB über die Unterbrechung der Verjährung unterläuft. Im Hinblick auf diese gesetzliche Regelung erscheint es auch nicht unangemessen, wenn aufgrund einer entsprechenden Ausgestaltung der Klausel, insbesondere in Verbindung mit der Vorschrift des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B, die gesetzliche Verjährungsfrist verlängert werden kann. Da — wie ausgeführt — eine solche Verlängerung über eine Unterbrechung der Verjährung nach den ge-

setzlichen Vorschriften ohnedies möglich ist, kann die in der Klausel getroffene Regelung nicht als ungerechtfertigte Abweichung von den §§ 208 ff. BGB über die Unterbrechung der Verjährung angesehen werden (vgl. auch *Beigel* BauR 1988, 142, 143; *Kaiser* BauR 1987, 617, 618; *Siegburg* EWIR 1986, 303, 304; aA *Palandt/Heinrichs* aaO § 9 AGBG Anm. 7 b „Bauverträge“; *F. Schmidt* ZfBR 1986, 207, 210; zweifelnd *Bunte* in *Festschrift für Korbion*, S. 17, 26; *ders.* BauR 1988, 254, 255).

Auch bei einer entsprechenden formularmäßigen Gewährleistungsregelung bleiben diese Vorschriften von Bedeutung, weil der Lauf einer nach § 13 Nr. 4 Satz 1 VOB/B vereinbarten und durch eine schriftliche Mängelanzeige nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B verlängerten Gewährleistungsfrist bei Unterbrechung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen erneut mit der Länge der vereinbarten Frist in Gang gesetzt wird (Senatsurteil NJW 1987, 381). Schließlich ist zu berücksichtigen, daß — abweichend von der allgemeinen Vorschrift des § 225 Satz 1 BGB — aufgrund der Sonderregelung des § 638 Abs. 2 BGB sogar die 5-jährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB vertraglich verlängert werden kann. Gerade diese Vorschrift, auf die im Schrifttum in diesem Zusammenhang mit Recht hingewiesen wird und die für Baumängel besondere Bedeutung erlangt (vgl. Senatsurteil BGHZ 90, 273, 277 [= *MittBayNot* 1984, 125]), zeigt, daß die Klausel keine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung enthält (vgl. *Beigel* aaO; *Korbion/Locher* Rdnr. 262; *Siegburg* aaO; *Thesen* ZfBR 1986, 153, 154).

c) Die in B 8 Abs. 2 der „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ geregelte Gewährleistungsvorschrift wird auch den Interessen der beteiligten Vertragspartner gerecht. Einem Generalunternehmer, der gegenüber seinen Kunden gewährleistetspflichtig ist und sich deshalb bei den für ihn tätig gewordenen Subunternehmern schadlos halten will, kann ein berechtigtes Interesse an einer „Parallelschaltung“ der Gewährleistungsfristen nicht abgesprochen werden (vgl. *Locher* NJW 1979, 2235, 2238; *Ingenstau/Korbion* aaO A Anh. Rdnr. 141; *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO Anh. §§ 9–11 Rdnr. 726). Es kann ihm daher nicht verwehrt werden, auch bei einem Rückgriff auf die Gewährleistungsregelung der VOB/B durch Formularvertrag oder Allgemeine Geschäftsbedingungen eine längere Verjährungsfrist zu vereinbaren (Senatsurteile NJW 1987, 381, 382; vom 19.12.1985 — VII ZR 267/84 = *BauR* 1986, 202, 203 = *ZfBR* 1986, 78 und vom 26.3.1987 — VII ZR 196/86 = *BauR* 1987, 445, 446 = *ZfBR* 1987, 191, 192; *Ingenstau/Korbion* aaO B § 13 Rdnr. 234). Ist dies — wie hier — die 5-jährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB, werden Interessen des Vertragspartners, der ohnedies von der Geltung der gesetzlichen Regelung ausgehen muß, nicht unangemessen beeinträchtigt (OLG Düsseldorf MDR 1984, 315; *Bunte/Hensen* aaO S. 28).

Ob durch eine solche Abänderung der 2-jährigen Gewährleistungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B der mit der VOB/B im ganzen angestrebten Interessenausgleich der Vertragspartner gestört wird (so *Bartsch* ZfBR 1984, 1, 5; aA *Ingenstau/Korbion* aaO B § 13 Rdnr. 236, vgl. auch OLG München — 23. Zivilsenat — *BauR* 1988, 596), kann dahingestellt bleiben. Denn aufgrund der hier zu beurteilenden „Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ eines Bauträgers wird den Aufträgen an die Subunternehmer gerade nicht die VOB/B insgesamt, sondern nur die Gewährleistungsregelung des § 13 VOB/B mit einer davon abweichenden Verjährungsfrist zugrundegelegt. Der 2-Jahresfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B als Regelfrist kommt daher insoweit gerade keine ausschlaggebende Bedeutung zu (aA *F. Schmidt* ZfBR 1986, 207, der irrig nicht be-

achtet, daß in dem von ihm besprochenen Sachverhalt die betreffende Klausel ebenfalls nur hinsichtlich der „Art der Gewährleistung“ auf die VOB/B verwies, vgl. OLG München *BauR* 1986, 579, 581). Vielmehr ist in einem solchen Fall der Rückgriff auf die gesetzliche Regelung nicht unangemessen, zumal die 2-Jahresfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B ohnehin zu starr und häufig unzureichend ist und deshalb — was sich auch aus § 13 Nr. 2 VOB/A ergibt — an die Bedürfnisse anders gelagerter Fälle sinnvoll angepaßt werden muß (vgl. Senatsurteil *BauR* 1987, 445, 447; *Ingenstau/Korbion* aaO A § 10 Rdnr. 135, 150; *Korbion/Locher* aaO Rdnr. 262; *Ulmer/Brandner/Hensen* aaO Anh. §§ 9–11 Rdnr. 911).

#### 4. AGBG § 9; BGB § 641 (*Unwirksamkeit der Vereinbarung überhöhter Abschlagszahlungen in einem Bauvertrag*)

**1. Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers enthaltene Vereinbarung einer übermäßig hohen Abschlagszahlung verstößt (auch im kaufmännischen Verkehr) gegen § 9 AGBG. Dies gilt erst recht, wenn die Verpflichtung zu einer solchen Zahlung ohne Rücksicht auf Gegenansprüche besteht.**

**2. Da im Bauvertragsrecht vereinbarte Abschlagszahlungen mit dem Baufortschritt in Einklang stehen müssen, erscheint jede Klausel, die den Bauherren verpflichtet, mehr als 5 % der Auftragssumme (gemessen am Baufortschritt) vor auszahlen, bedenklich.**

(*Leitsätze nicht amtlich*)

OLG Hamm, Urteil vom 8.11.1988 — 26 U 113/88 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Restwerklohn aus der teilweisen Lieferung und dem Einbau einer Treppenanlage in Anspruch.

Ende Juni/Anfang Juli 1987 erteilte die Beklagte der Klägerin einen Auftrag über die Lieferung und die Montage einer Treppenanlage über zwei Geschosse, Stufen aus 40 mm massiver Buche, in dem von der Beklagten errichteten Neubau zum Preise von 8.332,— DM zuzüglich 1.166,48 DM Mehrwertsteuer, insgesamt 9.498,48 DM.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin heißt es u. a.:

„i) Mängel

... Das Vorbringen einer Mängelrüge berechtigt nicht zur Zahlungszurückhaltung ...

j) Zahlungsbedingungen

70 % des Auftragswertes sind sofort nach Einbau der Rohbaustreppe ohne Abzug zahlbar. Schlußrechnungen sind innerhalb von 14 Tagen ohne Abzug zahlbar. Beanstandungen entbinden nicht zur Verpflichtung zur Zahlung. Nicht anerkannte Gegenansprüche können vom Auftraggeber weder aufgerechnet noch darf aus diesem Grunde die Zahlung zurückgenommen werden. Dieser verzichtet ausdrücklich auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes sowie die Aufrechnung mit Gegenansprüchen jeder Art ...“

Am 7.8.1987 baute die Klägerin die Rohbaustreppe ein und forderte von der Beklagten mit Rechnung vom 11.8.1987 eine Abschlagszahlung von 6.000,— DM, d. h. rd. 70 % der Auftragssumme. Die Beklagte verweigerte die Abschlagszahlung und setzte der Klägerin für den Einbau der Treppenstufen eine Frist bis zum 30.9.1987. Nachdem diese eine Lieferung und Montage der Treppenstufe ohne Bezahlung der Abschlagsrechnung unter dem 21.9.1987 abgelehnt hatte, verlängerte die Beklagte mit Schreiben vom 24.9.1987 die gesetzte Frist für den Einbau der Treppenstufen bis zum 7.10.1987 und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs gleichzeitig die Beauftragung einer anderen Firma auf Kosten der Klägerin an.

Nach erfolgloser Anmahnung des Abschlagsrechnungsbetrages über 6.600,— DM unter Fristsetzung bis zum 3.11.1987 hat die Klägerin Klage erhoben. Nach Rechtshängigkeit hat die Beklagte am 12.1.1988 3.306,78 DM gezahlt.

Das Landgericht hat der Klage weitgehend stattgegeben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nur zum Teil begründet.

... 1. Die Werklohnforderung in Höhe von 9.498,48 DM aus dem unstreitig geschlossenen Werkvertrag über die Lieferung und Montage einer Treppenanlage über zwei Geschosse ist in Höhe von 3.471,69 DM gemäß § 326 Abs. 1 BGB erloschen. Die Beklagte hat der Klägerin unter dem 24.9.1987 eine Nachfrist für den Einbau der Treppenstufen bis zum 7.10.1987 mit der Androhung gesetzt, nach Fristablauf einen anderen Unternehmer mit der Montage der Stufen auf Kosten der Klägerin zu beauftragen. Darin liegt eine Ablehnungsandrohung gemäß § 326 Abs. 1 BGB mit der Ankündigung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu wollen. Die darin enthaltene Ablehnung der Erfüllung des Vertrages hat zu einem teilweisen Erlöschen der Werklohnforderung der Klägerin geführt, da diese sich bei Setzung der Nachfrist am 24.9.1987 mit der Lieferung und Montage der Treppenstufen aufgrund der unstreitigen Mahnung der Beklagten vom 18.9.1987 in Verzug befand. Die Klägerin war nämlich nicht berechtigt, die Lieferung und Montage der Treppenstufen vor der Bezahlung ihrer Abschlagsrechnung vom 11.8.1987 zu verweigern. Ein Anspruch auf die verlangte Abschlagszahlung von 6.600,— DM stand ihr nicht zu.

a) Auf Buchstabe j) „Zahlungsbedingungen“ ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach 70 % des Auftragswertes sofort nach Einbau der Rohbautreppe ohne Abzug zu zahlen sind, Beanstandungen nicht von der Verpflichtung zur Zahlung entbinden und der Besteller ausdrücklich auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes sowie die Aufrechnung mit Gegenansprüchen jeder Art verzichtet, kann sich die Klägerin nicht berufen. Die vorgenannte Bestimmung ist nämlich wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG, der auch im kaufmännischen Verkehr gilt (§ 24 AGBG), nichtig. Die zitierten Bestimmungen benachteiligen die Vertragspartner der Klägerin unangemessen. Eine derartige Benachteiligung ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Das ist hier der Fall. Abgewichen wird von der Regelung des § 641 Abs. 1 BGB. Dieser sieht vor, daß der Auftragnehmer in vollem Umfang vorleistungspflichtig ist und die Bezahlung seiner Werklohnforderung erst nach Abnahme des Werkes verlangen kann. Die vorbezeichnete Regelung ist zwar abdingbar. Anerkannt ist insoweit, daß die Regelung des § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, wonach Abschlagszahlungen entsprechend dem Baufortschritt verlangt werden können, mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vereinbar ist, weil dadurch die den Auftragnehmer bei Bauverträgen erheblich belastende Vorleistungspflicht gemildert wird und der Auftraggeber einen Wertzuwachs in Form der Leistungen des Auftragnehmers erhält (BGH NJW 1985, 852 [= MittBayNot 1985, 10 mit Anm. Schelter = DNotZ 1985, 287 mit Anm. Reinartz]; BGH NJW 1986, 3199, 3200 [= MittBayNot 1986, 248 = DNotZ 1987, 94]; *Staudinger-Schlosser*, BGB 12. Aufl., § 9 AGBG, Rdnr. 87; *Ulmer/Brandner-Hensen*, AGBG, 5. Aufl., §§ 9 bis 11, Anh. 211; Münchener-Kommentar-Kötz, BGB, 2. Aufl., § 9 AGBG, Rdnr. 18; *Bunte-Hensen*, Bauvertrag und AGB-Gesetz, 2. Aufl., S. 33 f.). Eine unangemessene Benachteiligung liegt aber dann vor, wenn in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine übermäßig hohe Abschlagszahlung verlangt wird, die durch den Aufwand des Verwenders der Allgemei-

nen Geschäftsbedingungen nicht gerechtfertigt ist (BGH NJW 1985, 855 [857]; BGH NJW 1986, 3199 [3200]; LG Frankfurt, Bunte AGBE I S. 502 f.; LG Stuttgart, Bunte AGBE I S. 540 (541); LG Nürnberg-Fürth, Bunte AGBE I S. 532 (539); *Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner*, AGBG, Stichwort: Vorleistungspflicht, Rdnr. 3; *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGBG, § 11 Nr. 2, Rdnr. 13 und Anh. zu §§ 9 bis 11, Rdnr. 211; *Staudinger-Schlosser*, BGB, 12. Aufl., § 9 AGBG, Rdnr. 88). Das gilt erst recht, wenn die Verpflichtung zu einer übermäßig hohen Abschlagszahlung ohne Rücksicht auf Gegenansprüche etwa aufgrund von Mängeln der bereits vom Verwender erbrachten Leistungen besteht (vgl. BGH NJW 1985, 852; BGH NJW 1985, 855 [857]; BGH NJW 1986, 3199 [3200]; s. auch BGH NJW 1987, 1931 [1933 f.]; LG Nürnberg-Fürth, Bunte AGBE I S. 532 [539]).

Ob eine verlangte Abschlagszahlung übermäßig hoch ist, läßt sich abschließend nur im jeweiligen einzelnen Fall entscheiden. Allgemein kann jedoch festgestellt werden, daß eine Vorleistungspflicht des Bauherrn über den Baufortschritt hinaus nur in *sehr* engen Grenzen zulässig ist (vgl. *Wolf-Horn-Lindacher*, AGBG, § 23 Rdnr. 278). Es entspricht nämlich der Natur der Sache, daß Abschlagszahlungen im Bauvertragsrecht mit dem Baufortschritt in Einklang stehen müssen (s. BGH NJW 1986, 3199 [3201]; *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGBG, 5. Aufl., Anh. zu § 9 bis 11 Rdnr. 211). Von daher erscheint jede Klausel, die den Bauherrn verpflichtet, mehr als 5% der Auftragssumme vorauszuzahlen, bedenklich (vgl. *Ulmer-Brandner-Hensen*, a. a. O.).

Im vorliegenden Fall beträgt die mit der gesetzlichen Regelung in § 641 BGB in Widerspruch stehende Vorauszahlungspflicht der Beklagten nach Einbau der Rohbautreppe gemessen am Baufortschritt nach dem Gutachten des Sachverständigen etwas über 6%. (*Wird ausgeführt*).

Für eine derartig hohe Vorauszahlung gibt es auch im kaufmännischen Verkehr kein irgendwie geartetes berechtigtes Interesse der Klägerin. Buchstabe j) „Zahlungsbedingungen“ Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist daher mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unvereinbar, zumal den Vertragspartnern der Klägerin dadurch in unangemessener Weise ein erhebliches Insolvenzrisiko aufgebürdet wird.

Hinzu kommt *wesentlich*, daß dem Besteller durch Buchstabe j) „Zahlungsbedingungen“ der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin auch noch das Recht genommen wird, die vorgesehene Abschlagszahlung bei Mangelhaftigkeit der erbrachten Teilleistungen ganz oder teilweise zurückzuhalten. Der Auftraggeber verzichtet darin nämlich ausdrücklich auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes sowie die Aufrechnung mit Gegenansprüchen jeder Art. Daß von der Klägerin anerkannte Gegenansprüche davon ausgenommen sind, ist Buchstabe j) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, zumal es in Satz 3 des Buchstaben j) heißt, wegen nicht anerkannter Gegenansprüche dürfe die Zahlung nicht „zurückgenommen“ werden. Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes führt im Ergebnis dazu, daß die Vertragspartner der Klägerin selbst bei größten Mängeln der Rohbautreppe 70% der Auftragssumme und damit über 6% mehr als den Wert einer mängelfreien Rohbautreppe zahlen müssen. Daß darin eine durch nichts zu rechtfertigende unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner der Klägerin mit der Folge liegt, daß zumindest Satz 1 des

Buchstaben j) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nichtig ist, kann nicht zweifelhaft sein.

Die vorbezeichnete Bestimmung entfällt daher ersatzlos. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel auf eine Abschlagszahlung von ca. 63% der Auftragssumme ist auch unter Berücksichtigung der „salvatorischen Klausel“ in den allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig (BGH NJW 1985, 319 [329]; BGH NJW 1985, 852 [853]).

b) Ein Recht der Klägerin, die Lieferung und Montage der Treppfenstufen vor Bezahlung ihrer Abschlagsrechnung vom 11.8.1987 über 6.600,— DM zu verweigern, ergibt sich auch nicht aus § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) ist nämlich nicht wirksam zwischen den Parteien vereinbart worden. (*Wird ausgeführt*).

#### 5. BGB §§ 139, 138, 1018 (*Dienstbarkeit zur Sicherung einer Getränkebezugsverpflichtung*)

##### **Zur Wirksamkeit einer sog. Sicherungsdienstbarkeit (Fortführung der bisherigen Rechtsprechung).**

BGH, Urteil vom 20.1.1989 — V ZR 181/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

##### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger erwarb durch Zuschlagbeschuß vom 19.7.1973 das Grundstück der Gemarkung L. Flurstück Nr. 1847 und übernahm bedingungsgemäß eine eingetragene Grunddienstbarkeit. Nach deren Wortlaut ist „der Eigentümer dem jeweiligen Eigentümer von Flurstück Nr. 348 der Gemarkung L. (derzeit die Beklagte) gegenüber verpflichtet, auf Flurstück Nr. 1847 keine Gastwirtschaft oder sonstige Getränkeabgabestelle zu betreiben“. Die dabei in Bezug genommene Eintragungsbewilligung ist in einem als Kauf, Bier- und Getränkelieferungsvertrag bezeichneten notariellen Vertrag vom 6.3.1963 enthalten, mit dem der frühere Inhaber der Beklagten (Johann G.) das Flurstück Nr. 1847 an Georg K. verkaufte. Dieser verpflichtete sich gegenüber dem jeweiligen Eigentümer von „Lgb. Nr. 348“, auf „Lgb. Nr. 1847“ keine Gastwirtschaft oder sonstige Getränkeabgabestelle zu betreiben und dafür eine Grunddienstbarkeit eintragen zu lassen (§ 3 des Vertrages). Johann G. verzichtete „jeoch schuldrechtlich gegenüber dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger auf die Ausübung dieses Rechts, solange der Käufer oder sein Rechtsnachfolger in Lgb. Nr. 1847 das auf Lgb. Nr. 1847 umgesetzte Bier und diejenigen sonstigen auf diesem Grundstück umgesetzten Getränke, die die Bergbrauerei L. herstellt oder vertreibt, ausschließlich und ununterbrochen von der Bergbrauerei L. oder deren Rechtsnachfolger bezieht“ (§ 4 des Vertrages). § 7 enthält eine dementsprechende Getränkeabnahmeverpflichtung, die bis zum 31.3.1983 läuft und sich jeweils um weitere drei Jahre verlängert, „wenn sie nicht von einer Partei unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten durch Einschreibebrief vor Vertragsende gekündigt wird“. Nach § 9 ist der Käufer verpflichtet, sicherzustellen, daß ein eventueller Erwerber, Pächter oder Unterpächter den „Getränkeliieferungsvertrag mit übernimmt“. In § 10 ist eine Vertragsstrafe vereinbart. Nach § 11 ist als Sicherheit für alle Ansprüche der Bergbrauerei aus dem Getränkelieferungsvertrag eine Grundschuld in Höhe von 30.000 DM nebst 8% Zinsen auf Lgb. Nr. 1847 zu bestellen.

Mit Vertrag vom 31.3.1978 hat die Beklagte unter Hinweis auf die Grunddienstbarkeit dem derzeitigen Pächter der Gaststätte u. a. die jederzeit widerrufliche Genehmigung erteilt, die von ihr hergestellten oder vertriebenen Biere und sonstigen Getränke abzugeben oder zu verkaufen.

Der Kläger hält die Grunddienstbarkeit für nichtig und hat beantragt, die Beklagte zur Bewilligung der Löschung zu verurteilen. Die Klage hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt.

##### *Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht von einer Sittenwidrigkeit der über 15 Jahre hinausreichenden ausschließlichen Getränkebezugsverpflichtung im Vertrag vom 6.3.1963 aus und meint unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 13.7.1979 (V ZR 122/77, NJW 1979, 2149, 2150 [= DNotZ 1980, 45]), dieser Sittenverstoß — der als solcher unter den Parteien außer Streit sei — erfasse auch die damit in „engem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang“ bestellte Grunddienstbarkeit.

2. Das Berufungsgericht bejaht zu Unrecht einen Grundbuchberichtigungsanspruch des Klägers nach § 894 BGB. Es kann offenbleiben, ob der zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien geschlossene Getränkebezugsvertrag wegen überlanger Laufzeit sittenwidrig ist, denn auch bei einer unterstellten (ganzen oder teilweisen) Unwirksamkeit des Getränkeliieferungsvertrags folgt daraus im vorliegenden Fall nicht, daß das Grundbuch in bezug auf die bestellte Grunddienstbarkeit unrichtig ist.

Der Senat hat schon im Urteil vom 3.5.1985 (V ZR 55/84, NJW 1985, 2474 [= MittBayNot 1985, 190]) offengelassen, ob die Grundsätze der Rechtsprechung über die zulässigen Höchstlaufzeiten von Getränkelieferungsverträgen den Bestand der sichernden Dienstbarkeit auch dann beeinflussen, wenn diese nicht im Wege einer auflösenden Bedingung an die Dauer des Bezugsvertrages geknüpft ist. Unter teilweiser Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung hat er mit Urteil vom 29.1.1988 (V ZR 310/86, WM 1988, 765, 766 = BGHR BGB § 138 Abs. 1 — Sicherungsdienstbarkeit 1 [= MittBayNot 1988, 124 = DNotZ 1988, 572 mit Anm. *Amann*]) die Abstraktheit der dinglichen Dienstbarkeitsbestellung betont und ausgesprochen, daß das dingliche Recht in seinem Bestand grundsätzlich unabhängig von der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung (Sicherungsabrede, Bezugsvertrag) ist, wenn diese nicht als Bedingung Inhalt des dinglichen Rechts selbst geworden ist (§ 158 BGB) oder eine — höchst selten vorkommende — Geschäftseinheit zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft besteht (§ 139 BGB).

Daß der Bestand des Getränkebezugsvertrages Bedingung für die Dienstbarkeit sein sollte, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Soweit es einen „engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang“ zwischen Dienstbarkeit und Bierlieferungsvertrag sieht, könnte damit eine entsprechende Geschäftseinheit gemeint sein. Zwar erscheint es grundsätzlich denkbar, Grund- und Erfüllungsgeschäft durch Parteiwillen im Sinne des § 139 BGB zusammenzufassen (vgl. etwa BGHZ 31, 321, 323; a. A. MünchKomm/Mayer/Maly, BGB 2. Aufl. § 139 Rdnr. 16; *Staudinger/Dilcher*, BGB 12. Aufl. § 139 Rdnr. 19; *Soergel/Hefermehl*, BGB 12. Aufl. § 139 Rdnr. 20). Mit Rücksicht auf das im deutschen Recht herrschende Abstraktionsprinzip bleibt dies jedoch auf ganz besondere Ausnahmefälle beschränkt und erfordert im Einzelfall die Feststellung konkreter Anhaltspunkte. Ein praktisch immer vorliegender wirtschaftlicher Zusammenhang und die Zusammenfassung von Grund- und Erfüllungsgeschäft in einer Urkunde genügen dafür nicht (vgl. BGH Ur. v. 18.10.1951, IV ZR 63/50, NJW 1952, 60, 61; Ur. v. 2.2.1967, III ZR 193/64, NJW 1967, 1128, 1130). Andere Tatsachen und Umstände stellt das Berufungsgericht aber nicht fest. Sie sind auch nicht vorgetragen. Im vorliegenden Fall kommt dazu, daß der Vertrag vom 6.3.1963 ausdrücklich

bestimmt, daß die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt (§ 13 Abs. 2 des Vertrages) und damit der Grundsatz des § 139 I. Halbsatz BGB nicht anzuwenden ist (vgl. BGH Urteile v. 12.2.1973, II ZR 69/70, WM 1973, 900, 901/902; v. 9.10.1975, III ZR 31/73, NJW 1977, 38, 40).

Wäre das Kausalgeschäft, das der Dienstbarkeitsbestellung zugrunde liegt, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, so hätte dies — anders als die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB — nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit der abstrakten Dienstbarkeitsbestellung zur Folge, weil hier weder festgestellt noch behauptet ist, daß die Sittenwidrigkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt, also mit dem dinglichen Rechtsvorgang sittenwidrige Zwecke verfolgt würden oder in ihm die Sittenwidrigkeit begründet wäre (vgl. Senatsurt. v. 29.1.1988 aaO S. 766).

3. Ob der Rechtsvorgänger des Klägers auf schuldrechtlicher Grundlage von der Beklagten die Löschung der Dienstbarkeit beanspruchen kann (vgl. Senatsurteile v. 29.1.1988, aaO S. 766, 767 = BGHR BGB § 305 — Sicherungsvereinbarung 1 und v. 8.4.1988, V ZR 120/87, WM 1988, 1091, 1093 = BGHR BGB § 1018 — Sicherungsdienstbarkeit 2 [= Mitt-BayNot 1988, 175 = DNotZ 1988, 576 mit Anm. *Amann*]), ist hier ohne Bedeutung, denn der Kläger, der das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung erworben hat, behauptet nicht, daß er in solche schuldrechtlichen Beziehungen eingetreten ist oder daß ihm Rückgewähransprüche in bezug auf die Dienstbarkeit abgetreten worden sind (vgl. Senatsurt. v. 8.4.1988 aaO).

6. BGB §§ 242, 1191; AGBG § 9 (*Unzulässiger formularmäßiger Ausschluß des dem Grundschuldbesteller zustehenden Rückübertragungsanspruchs*)

**Die von einem Kreditinstitut bei Grundschuld Darlehen verwendete Formulklausel, dem Grundschuldbesteller stehe, wenn die persönliche Forderung nicht zur Entstehung gelange oder erlösche, nur ein Anspruch auf Löschung oder Verzicht — kein Übertragungsanspruch — zu, hält der richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht stand, wenn die Geltung dieser Klausel nicht ausgeschlossen ist für den Fall, daß im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat.**

BGH, Urteil vom 9.2.1989 — IX ZR 145/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte nimmt die Klägerin, deren Klage im ersten Rechtszuge abgewiesen worden ist, mit der Widerklage in Anspruch, als Ersteherin eines Grundstücks bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigtes Kapital zu zahlen.

Die Beklagte ist die geschiedene Ehefrau eines Sohnes der Klägerin. Die Eheleute waren je zur ideellen Hälfte Mitgeigentümer eines Grundstücks, dessen Zwangsversteigerung auf Antrag eines persönlichen Gläubigers angeordnet wurde. In Abteilung III des Grundbuchs waren folgende Rechte eingetragen:

Nr. 1 5.078 DM Grundschuld mit 12% Zinsen für die A. Bausparkasse AG

Nr. 2 30.800 DM Tilgungshypothek mit bis zu 10% Zinsen für die D. B. Nr. 4 28.200 DM Grundschuld mit 12% Zinsen für die A. Bausparkasse AG

Nr. 5 70.000 DM Grundschuld mit 15% Zinsen für die Volksbank H. eG, . . .

abgetreten mit Zinsen seit dem Tag der Grundschuldeintragung an die A. Bausparkasse AG

Nr. 6 70.000 DM Grundschuld mit 15% Zinsen für die Volksbank H. eG

In den vorformulierten Bestellsurkunden für die in Abt. III, Ifd. Nrn. 1, 4 und 5 des Grundbuchs eingetragenen Grundschulden war bestimmt, daß sämtliche Zahlungen nur auf die persönlichen Forderungen der Gläubigerin angerechnet würden und daß, wenn die persönliche Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei oder erlösche, dem Grundschuldbesteller und jedem Eigentümer des Pfandobjekts nur ein Anspruch auf Löschung oder Verzicht — kein Übertragungsanspruch — zustehe. Die Bestellsurkunden für die in Abt. III, Ifd. Nrn. 4 und 5 des Grundbuchs eingetragenen Grundschulden enthalten darüber hinaus auch folgende Bestimmung:

„Wechselt der Eigentümer des Pfandobjekts, so steht der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld dem neuen Eigentümer des Pfandobjekts zu, es sei denn, daß der Gläubigerin von den Beteiligten eine andere übereinstimmende Erklärung vorgelegt wird.“

Im Versteigerungstermin von 7.5.1985 wurde bei auf 540.000 DM festgesetztem Verkehrswert der Gesamtbetrag der als Teil des geringsten Gebots bestehenbleibenden Rechte entsprechend dem Nennbetrag des Kapitals der Grundpfandrechte mit 204.078 DM, der Gesamtbetrag des bar zu zahlenden Teils des geringsten Gebots mit 88.700 DM festgesetzt. Die Klägerin blieb bei einem Bargebot von 195.000 DM Meistbietende und erhielt den Zuschlag. In diesem Zeitpunkt war — abgesehen von den laufenden Leistungen der bestehenbleibenden Rechte und von den Kosten — die Tilgungshypothek Abt. III, Ifd. Nr. 2 noch teilweise valuiert, die persönliche Forderung der Grundschuldgläubigerinnen erloschen. Der Teilungsplan vom 14.6.1985 teilte die rückständigen laufenden Leistungen und die Kosten den Gläubigerinnen aus dem bar gezahlten Teil des geringsten Gebots zu.

Die Beklagte hatte durch Anwaltsschreiben vom 13.5.1985 gegenüber der A. Bausparkasse die Ansicht vertreten, daß es sich im Zeitpunkt des Zuschlags bei deren Grundschulden um Eigentümergrundschulden gehandelt habe, zu deren Löschung nunmehr auch ihre Zustimmung erforderlich sei. Die Gläubigerin übersandte im November 1985 die Löschungsbewilligungen allein dem Ehemann der Beklagten, der sie angefordert hatte. Mit Zustimmung der Klägerin wurden die Grundschulden am 11.12.1985, die Tilgungshypothek, nachdem die Klägerin deren Restvaluta gezahlt hatte, am 25.10.1986 im Grundbuch gelöscht. Die Grundschuld der Volksbank H. Abt. III, Ifd. Nr. 6 blieb eingetragen.

Die Beklagte hat mit der Widerklage geltend gemacht, soweit den Grundpfandrechten im Zeitpunkt des Zuschlags eine persönliche Forderung nicht mehr unterlegen habe, sei die Klägerin durch die Löschung auf ihre und ihres Ehemannes Kosten ungerechtfertigt bereichert, ferner schulde sie die Zahlung des Nominalbetrages der bestehengebliebenen Grundschuld. Das Landgericht gab unter Abweisung der Widerklage im übrigen dem auf Zahlung an die Beklagte und ihren Ehemann gerichteten Hilfsantrag in Höhe von 113.908,96 DM nebst Zinsen in der für die gelöschten Rechte vereinbarten Höhe seit dem 8.5.1985 statt. Die Berufung der Klägerin hatte nur in Höhe des nicht mehr valuiert gewesenen Betrages der Tilgungshypothek von 10.630,96 DM nebst Zinsen Erfolg.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin weiterhin die Abweisung der Widerklage, soweit das Oberlandesgericht sie für begründet erachtet hat.

#### *Aus den Gründen:*

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen, soweit das Landgericht die Klägerin verurteilt hatte, an die Beklagte und deren Ehemann den Nennbetrag des Kapitals der in Abt. III, Ifd. Nrn. 1, 4 und 5 des Grundbuchs eingetragenen Grundschulden in Höhe von 103.278 DM nebst 12% Zinsen aus 5.078 DM und aus 28.200 DM sowie 15% Zinsen aus 70.000 DM, jeweils seit dem 8.5.1985, zu zahlen. Die dagegen gerichtete Revision ist im Ergebnis nicht begründet.

I. 1. Nach den Versteigerungsbedingungen waren die in Abt. III, Ifd. Nrn. 1, 4 und 5 des Grundbuchs für die A. Bausparkasse eingetragenen Grundschulden bei der Feststel-

lung des geringsten Gebots berücksichtigt worden und nicht durch Zahlung zu decken. Sie blieben deshalb bestehen (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Dadurch wurde die Klägerin als Ersteherin in Höhe des Nennbetrages der Grundschulden von einer Zahlung befreit, so daß die Übernahme dieser dinglichen Rechte einen Teil des von ihr geschuldeten Versteigerungserlöses bildete (BGHZ 56, 22, 24; vgl. RGZ 57, 209, 211). Ob bestehenbleibende Grundpfandrechte im Zeitpunkt des Zuschlags valutiert sind oder nicht, ist dabei ohne Bedeutung. Die rechtliche und wirtschaftliche Belastung des Erstehers ist in beiden Fällen dieselbe. Ob ein bestehenbleibendes Grundpfandrecht im Zeitpunkt des Zuschlags valutiert ist, kann lediglich für die Frage Bedeutung haben, ob der Ersteher später wegen des Grundpfandrechts den im Grundbuch ausgewiesenen Grundpfandgläubiger oder den früheren Grundstückseigentümer befriedigen muß (Senatsurt. v. 17.5.1988 — IX ZR 5/87, WM 1988, 1137 = MDR 1988, 860).

2. Der Grundstückseigentümer, der, wie die Beklagte und ihr Ehemann, einem Gläubiger eine Sicherungsgrundschuld bestellt, hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht (mehr) valutierten Teils der Grundschuld (Senatsurt. v. 25.10.1984 — IX ZR 142/83, NJW 1985, 800; v. 25.3.1986 — IX ZR 104/85, ZIP 1986, 900 m. w. N.; ständige). Die persönliche Forderung der A. Bausparkasse gegen die Grundschuldbesteller war — abgesehen von den laufenden Leistungen und von den Kosten — bereits im Zeitpunkt des Zuschlags erloschen. Die laufenden Leistungen und die Kosten wurden der Gläubigerin durch den Teilungsplan vom 14.6.1985 aus dem bar gezahlten Teil des geringsten Gebots zugeteilt. Spätestens damit war das Kreditverhältnis beendet, der Sicherungszweck weggefallen und die Bedingung für die Rückgewähr der Grundschulden eingetreten.

3. Solange die Beklagte und ihre Ehemann Miteigentümer des versteigerten Grundstücks waren, konnte die Rückgewähr durch Verzicht der A. Bausparkasse auf die Grundschulden, durch Erteilung von Löschungsbewilligungen oder durch Rückabtretung erfüllt werden. Nachdem jedoch durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung die Klägerin Eigentümerin des belasteten Grundstücks geworden war, war eine Erfüllung des Rückgewähranspruchs durch Verzicht auf die Grundschulden oder durch Erteilung von Löschungsbewilligungen für sie nicht mehr möglich. Denn diese Art der Rückgewähr konnte der Beklagten und ihrem Ehemann als den Rückgewährberechtigten nicht mehr zugute kommen. Ein Verzicht würde nunmehr dazu führen, daß die Klägerin als die neue Grundstückseigentümerin die Grundschulden erwarb, eine Löschung der Grundschulden das nunmehr ihr gehörende Grundstück entlasten. Die A. Bausparkasse hätte demnach den Rückgewähranspruch nur noch durch eine Abtretung der Grundschulden an die Beklagte und ihren Ehemann erfüllen können (Senatsurt. v. 17.5.1988 aaO), es sei denn, daß für die Rückgewähr etwas anderes vereinbart worden war.

4. Die A. Bausparkasse war der Auffassung, daß sie ihre Rückgewährspflichtung durch die Erteilung der Löschungsbewilligungen für die Grundschulden habe erfüllen können und erfüllt habe, weil der Anspruch auf Rückgewähr durch Abtretung der Grundschulden an die Besteller in den Bestellsurkunden wirksam abgedungen gewesen sei. Das ist nicht richtig.

Die Beklagte und ihre Ehemann haben ihre Grundschuldbestellungserklärungen auf Formularen abgegeben, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbestimmungen enthalten, die die A. Bausparkasse und — im Fall der in Abt. III, lfd. Nr. 5 des Grundbuchs zunächst für die Volksbank H. eG eingetragenen Grundschuld — diese ihnen für die Gewährung der durch die Grundschulden zu sichernden Darlehen stellten. Es handelt sich dabei also um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Gläubigerinnen. Die Verträge sind allerdings vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen am 1.4.1977 geschlossen worden, so daß dieses Gesetz für sie nicht gilt (§ 28 Abs. 1 AGBG). Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet jedoch ungeachtet dessen gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine an den Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgerichtete richterliche Inhaltskontrolle statt. Unter diesem Gesichtspunkt ist einseitig aufgestellten Geschäftsbedingungsklauseln die Anerkennung zu versagen, wenn sie den im dispositiven Recht enthaltenen, ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragspartner verdrängen, ohne dem Partner des Verwenders in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern. Ebenso können Klauseln keinen rechtlichen Bestand haben, deren Einfügung in die Vertragsbeziehungen für den Vertragspartner eine Überraschung bedeuten muß, wie es insbesondere dann der Fall ist, wenn der Inhalt auf eine dem Leitbild des gewählten Vertragstyps grob widersprechende Regelung hinausläuft (vgl. Senat in BGHZ 92, 295, 299 m. w. N.). Nach dem Wortlaut der Grundschuldbestellungserklärungen, der eine Einschränkung nicht enthält, steht dem Grundschuldbesteller und jedem Eigentümer des Pfandobjekts, wenn die persönliche Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist, auch dann nur ein nach Wahl des Gläubigers durch Verzicht auf die Grundschuld oder durch Erteilung der Löschungsbewilligung zu erfüllender Rückgewähranspruch zu, wenn der Eigentümer durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gewechselt hat und deshalb diese Art der Rückgewähr nicht mehr dem Besteller zugute käme, sondern dazu führte, daß sie das nunmehr dem Ersteher gehörende Grundstück entlastete. Dieser Inhalt der Klausel, den sich die A. Bausparkasse ausdrücklich zu eigen gemacht hat, läuft auf eine dem Leitbild der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld für einen Darlehensgeber grob widersprechende, deshalb für den Besteller überraschende Regelung hinaus und beeinträchtigt seine Interessen unangemessen. Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist der Klausel deshalb die Anerkennung insgesamt (BGHZ 84, 109, 115; 86, 284, 297; 96, 18, 25) zu versagen.

5. Die A. Bausparkasse konnte mithin durch die Erteilung der Löschungsbewilligungen im November 1985 den Rückgewähranspruch der Beklagten und ihres Ehemannes nicht erfüllen, wenn nicht die Besteller sich mit dieser Art der Regelung ausdrücklich einverstanden erklärten oder sie genehmigten.

II. 1. Die Beklagte nimmt, nachdem die Grundschulden aufgrund der erteilten Löschungsbewilligungen gelöscht sind, mit der Widerklage nicht die A. Bausparkasse auf Schadensersatz, sondern die Klägerin als Ersteherin auf Zahlung des dem Nennwert der gelöschten Rechte zuzüglich der Zinsen entsprechenden Betrages in Anspruch. Das Berufungsgericht bejaht die Klageforderung aufgrund einer entsprechenden Anwendung von § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG. Dazu führt es aus: Nach § 50 Abs. 1 Satz 1 ZVG habe der Ersteher, so-

weit eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld nicht bestehe, außer dem Bargebot auch den Betrag des berücksichtigten Kapitals zu zahlen. Nach § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG gelte das gleiche, wenn das Recht bedingt sei und die aufschiebende Bedingung ausfalle oder die auflösende Bedingung eintrete. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften auf den von der Beklagten geltend gemachten Anspruch komme nicht in Betracht, weil es sich bei den Grundschulden der A. Bausparkasse um bestehende und unbedingte Rechte gehandelt habe. Ein Bereicherungsanspruch sei nach den Grundsätzen BGH Urt. v. 11.10.1974 — V ZR 231/73, NJW 1974, 2279 nicht gegeben, weil keine Leistung der ehemaligen Eigentümerin an die Klägerin vorgelegen habe. Für den von der Beklagten geltend gemachten und ihr zuerkannten Anspruch fehle es mithin an einer gesetzlichen Regelung. Dies Lücke widerspreche dem „Regelungsplan“ des Gesetzes. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß nur in den in § 50 ZVG und § 51 ZVG normierten Fällen die Situation eintreten könne, daß nach Zuschlag der Gesamtwert der im geringsten Gebot berücksichtigten Rechte nicht mehr aus dem Grundstück zu zahlen sei. Für diese Fälle habe er bestimmt, daß der Grundstücksersteher den Wert eines solchen Rechts nach §§ 50 ff., 125 ff. ZVG über das Bargebot hinaus zu zahlen habe. Der Gesetzgeber habe jedoch nicht in Betracht gezogen, daß es noch weitere Möglichkeiten der Befreiung des Erstehers von den im geringsten Gebot enthaltenen Grundpfandrechten gebe, deshalb diese Fälle nicht geregelt und somit eine offene Regelungslücke geschaffen. Sie sie für den vorliegenden Fall, in dem der Rückgewähranspruch durch den Sicherungsvertrag auf Löschung der Grundpfandrechte beschränkt, der gesicherte Kredit im Zeitpunkt des Zuschlags ganz oder teilweise nicht mehr valuiert gewesen und nach Zuschlag die Löschung der Grundschulden ohne Mitwirkung des früheren Grundstückseigentümers erfolgt sei, durch analoge Anwendung von § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG zu schließen.

2. Diese Begründung trägt, wie die Revision mit Recht rügt, die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht.

§ 50 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 ZVG enthalten Bestimmungen für das Zwangsversteigerungsverfahren über die im Falle, daß ein bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigtes Grundpfandrecht nicht oder nicht mehr besteht, von dem Ersteher außer dem Bargebot dann als Teil des von ihm geschuldeten Versteigerungserlöses durch Zahlung zu erbringenden Leistungen. Die Grundschulden der A. Bausparkasse waren aber, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, wirksam entstanden und nicht unter eine Bedingung gestellt. Sie wurden erst nach Abschluß des Versteigerungsverfahrens aufgrund Bewilligung der dinglichen Gläubigerin gelöscht, die annahm, dadurch ihre Rückgewährverpflichtung gegenüber den Bestellern erfüllen zu können. Außerdem sieht § 50 ZVG für die in ihm geregelten Fälle nicht eine Zahlung des Erstehers an den Gläubiger des nicht bestehenden Grundpfandrechts, sondern auf den von ihm geschuldeten Versteigerungserlös vor, dessen Verteilung gegebenenfalls anderen Gläubigern vorrangig zugute kommen könnte. Wegen der Unterschiedlichkeit der vorliegenden Fallgestaltung gegenüber der in § 50 ZVG geregelten käme deshalb eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auch dann nicht in Betracht, wenn es für den von der Beklagten geltend gemachten Anspruch, wie das Berufungsgericht meint, an einer gesetzlichen Regelung fehlte. Das ist jedoch nicht der Fall.

III. Der Anspruch der Beklagten ist nach §§ 816 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB begründet.

1. § 816 Abs. 2 BGB bestimmt, daß, wenn an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt wird, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet ist.

a) Die A. Bausparkasse hat die Bewilligungen zur Löschung der für sie im Grundbuch eingetragenen Grundschulden erteilt, um ihre sich aus den Sicherungsverträgen mit der Beklagten und ihrem Ehemann ergebenden Verpflichtungen zur Rückgewähr an diese zu erfüllen. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem vom V. Zivilsenat durch Urteil vom 11.10.1974 aaO, vollständig abgedruckt in WM 1974, 1247 entschiedenen, in dem die Grundschuldgläubigerinnen die Löschungsbewilligungen aufgrund einer mit dem Ersteher getroffenen Vereinbarung erteilt hatten, nachdem sie wegen ihrer persönlichen Forderungen von diesem befriedigt worden waren. Da die A. Bausparkasse, nachdem durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung die Klägerin Eigentümerin des belasteten Grundstücks geworden war, durch die Bewilligung der Löschung der Grundschulden diese nicht der Beklagten und ihrem Ehemann als den Bestellern zurückgewährte, sondern es der Klägerin ermöglichte, ihr Grundstück von diesen dinglichen Belastungen zu befreien, hat sie an diese als Nichtberechtigte geleistet. Zwar hatte der Ehemann der Beklagten die Löschungsbewilligungen angefordert und sie für die Löschung der Grundschulden der Klägerin zur Verfügung gestellt. Dadurch wurde diese nicht zur Berechtigten, weil es an der nach § 747 BGB erforderlichen Mitwirkung der Beklagten an der Verfügung fehlte.

b) Die von der A. Bausparkasse an die Klägerin als Nichtberechtigte bewirkte Leistung ist den Berechtigten, der Beklagten und ihrem Ehemann, gegenüber wirksam geworden. Der Ehemann der Beklagten war mit der Leistung an die Klägerin einverstanden, die Beklagte hat die Verfügung durch die Erhebung der Widerklage genehmigt (vgl. BGH Urt. v. 15.5.1986 — VII ZR 211/85, NJW 1986, 2430; Senatsurt. v. 26.5.1987 — IX ZR 201/86, NJW 1988, 495).

c) Die Klägerin ist deshalb den Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.

2. Geleistet hat die A. Bausparkasse die Entlastung des Grundstücks der Klägerin von den in Abt. III, Ifd. Nrn. 1, 4 und 5 des Grundbuchs eingetragenen Grundschulden zuzüglich der ab dem 8.5.1985 auf sie zu entrichtenden dinglichen Zinsen. Die Klägerin ist zur Herausgabe des Erlangten durch Wiedereintragung der Grundschulden außerstande, weil die in Abt. III, Ifd. Nr. 6 eingetragene Grundschuld nach der Löschung der vorhergehenden Grundschulden im Rang vorgeückt ist. Nach § 818 Abs. 2 BGB ist die Klägerin deshalb zum Ersatz des Wertes der gelöschten Grundschulden verpflichtet. Daß diese wegen etwaigen geringeren Wertes des Grundstücks nicht den Wert des von der Beklagten geforderten Geldbetrages gehabt hätten, macht die Klägerin nicht geltend und ist angesichts des im Versteigerungsverfahren festgesetzten Verkehrswerts auch nicht ersichtlich. Die Befugnis der Beklagten, allein die Zahlung des Wertersatzes an sich und ihren früheren Ehemann zu verlangen, beruht auf § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BGH Urt. v. 11.7.1958 — VIII ZR 108/57, NJW 1958, 1723; Urt. v. 14.3.1983 — II ZR 102/82, WM 1983, 604).

7. GBO § 35 Abs. 1; AGGVG Art. 37 (Keine Grundbuchberichtigung aufgrund der von Amts wegen vorgenommenen Erbenermittlung)

**Die Feststellung der Erbfolge aufgrund der von Amts wegen vorgenommenen Ermittlung der Erben durch das Nachlaßgericht ist für das Grundbuchamt nicht bindend; sie reicht als Grundlage für die Eintragung der Erbfolge in das Grundbuch weder bei gesetzlicher noch bei testamentarischer Erbfolge aus (Abweichung von BayObLGZ 1974, 1/4 f.).**

BayObLG, Beschluß vom 12.1.1989 — BReg. 2 Z 108/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notarassessor *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, München

#### Aus dem Tatbestand:

Der 1986 verstorbene Unternehmer H. hinterließ umfangreichen Grundbesitz. Er ist u. a. als Eigentümer des Grundstücks Flst. 1960 im Grundbuch eingetragen. In einem nach seinem Tod eröffneten notariellen Testament vom 19.7.1985 hat er u. a. verfügt:

„I. Ich ... bin verheiratet; in meiner Ehe mit ... (= Beteiligte zu 1) besteht der Güterstand der Gütertrennung. Aus meiner Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Nichteeliche Abkömmlinge oder Adoptivkinder habe ich nicht. ...

II. Einen Erben bestimme ich in dem heutigen Testament ausdrücklich nicht. Es soll danach die gesetzliche Erbfolge gelten, und zwar werden nach der gesetzlichen Erbfolge meine Ehefrau und meine beiden Kinder Miterben zu jeweils einem Drittel.

III. Ich ordne jedoch für meinen Nachlaß Testamentsvollstreckung an. Die Testamentsvollstreckung bezieht sich ... auf meinen Grundbesitz ...“

In dem Termin zur Erbenermittlung und Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen am 24.9.1986 wurde laut Niederschrift des Rechtspflegers beim Nachlaßgericht festgestellt, daß der Verstorbene auf Grund Gesetzes von seiner Ehefrau und von seinen beiden Töchtern zu je einem Drittel beerbt wird. Die Erben nahmen die Erbschaft an. Sie erklärten weiter, daß sie bezüglich des Grundbesitzes auf eine Aufstellung in den Nachlaßakten Bezug nähmen und beantragten, die Erbfolge in das Grundbuch einzutragen.

Die drei vom Erblasser ernannten Testamentsvollstrecker (= Beteiligte zu 1–3) nahmen das Amt gleichfalls an.

Am 12.2.1988 verfügte der Rechtspfleger des Nachlaßgerichts in den Akten:

„In der Nachlaßsache ... wird die Niederschrift vom 24.9.1986 auf Antrag des Testamentsvollstreckers ... (= Beteiligter zu 3) vom 9.2.1988 wie folgt ergänzt:

Der Verstorbene wird beerbt aufgrund notariellen Testaments ... vom 19.7.1985 ... nach der gesetzlichen Erbfolge und zwar von seiner Ehefrau ... und seinen Töchtern ... je zu einem Drittel. ...“

Am 2.3.1988 hat der Beteiligte zu 3 mit nachträglicher Ermächtigung durch die Beteiligten zu 1 und 2 „unter Bezugnahme auf die bei den Nachlaßakten ... befindliche Niederschrift vom 24.9.1986 und die Ergänzung dazu vom 12.2.1988“ beantragt, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, daß die Beteiligte zu 1 und die Töchter des Erblassers als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen werden.

Mit Zwischenverfügung vom 3.3.1988 hat das Grundbuchamt die Eintragung von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht, da gesetzliche und nicht testamentarische Erbfolge gegeben sei. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit Beschluß vom 29.8.1988 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge zu Recht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht.

1., 2. ...

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung vorgelegt werden; das Grundbuchamt kann dann einen Erbschein nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO).

(1) Daraus folgt, daß das Grundbuchamt eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen selbstständig daraufhin zu prüfen und auszulegen hat, ob der Erblasser in ihr die Erbfolge geregelt (§§ 1937, 1941 BGB) und wen er zum Erben eingesetzt hat (BayObLGZ 1982, 449/452 [= DNotZ 1984, 502] m. Nachw.; *Horber/Demharter* GBO 17. Aufl. Anm. 15 b, *KEHE/Herrmann* Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 73, *Meikel/Roth* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 111, jeweils zu § 35).

Die Auslegung eines Testaments obliegt im Grundbuchverfahren ebenso wie im Nachlaßverfahren grundsätzlich dem Tatrichter (Grundbuchamt und Beschwerdegericht). Sie bindet das Rechtsbeschwerdegericht, wenn sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt; nur in diesem Rahmen darf das Rechtsbeschwerdegericht die Testamentsauslegung überprüfen (BGHZ 80, 246/249 [= MittBayNot 1982, 31 = DNotZ 1982, 323]; BayObLG NJW-RR 1988, 969; KG NJW-RR 1987, 451).

(2) Das Beschwerdegericht ist bei der Auslegung des Testaments vom 19.7.1985 ebenso wie das Grundbuchamt zu dem Ergebnis gelangt, daß der Erblasser darin keinen Erben bestimmt habe, daß die Erbfolge also nicht auf einer Verfügung von Todes wegen beruhe. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung eines Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen. Dieser Wille hat auch in Fällen eines klaren und eindeutigen Wortlauts der Verfügung den Vorrang, so daß der Auslegung durch diesen Wortlaut keine Grenze gesetzt ist. Auch bei einer ihrem Wortlaut nach scheinbar eindeutigen Willenserklärung ist der Tatrichter bei der Auslegung an diesen Wortlaut nicht gebunden, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 86, 41/46 [= DNotZ 1984, 38]; BayObLG NJW-RR 1988, 969; KG NJW-RR 1987, 451).

Zu Unrecht werfen die Beteiligten dem Beschwerdegericht vor, daß es diese Grundsätze nicht beachtet und sich nur an den scheinbar eindeutigen Wortlaut des Testaments gehalten habe. Das Beschwerdegericht hat selbst dargelegt, die in Abschnitt II Satz 1 des Testaments enthaltene Erklärung, daß ein Erbe ausdrücklich nicht bestimmt werde, könne nicht in ihr Gegenteil umgedeutet werden, da es hierfür besonderer Umstände bedürfte. Das Landgericht hat also durchaus erkannt, daß bei Vorliegen besonderer Umstände auch eine Auslegung möglich ist, die der Erklärung des Erblassers einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Sinn gibt, ja den Wortlaut der Erklärung ins Gegenteil verkehrt. Es hat daher nicht allein aus der oben wiedergege-

benen Bestimmung des Testaments geschlossen, daß die Annahme einer testamentarischen Erbfolge ausgeschlossen sei.

(3) Das Beschwerdegericht ist zunächst zu Recht vom Sinn ausgegangen, der den Verfügungen des Erblassers nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukommt. Dieser Wortlaut und Sinn ist eindeutig. Der fachkundig beratene Erblasser hat erklärt, daß er einen Erben ausdrücklich nicht bestimme; damit hat er das Gegenteil einer testamentarischen Erbeinsetzung (§ 1937 BGB) zum Ausdruck gebracht. Er hat weiter verfügt, daß demnach die gesetzliche Erbfolge gelten solle und daß nach dieser seine Ehefrau und seine Kinder zu jeweils einem Drittel erben würden. Im nächsten Abschnitt hat er dann für seinen Nachlaß „jedoch“ Testamentsvollstreckung angeordnet; es ist eine durchaus mögliche Auslegung durch das Beschwerdegericht, wenn es in diesem „jedoch“ den Ausdruck des Gegensatzes zu der unterbliebenen Erbeinsetzung sieht. Der nach Wortlaut und Sinn in dem Testament klar zum Ausdruck kommende Wille des Erblassers, keinen Erben zu bestimmen, läßt sich nicht vergleichen mit den testamentarischen Anordnungen, die in anderen von den Beteiligten angeführten Senatsentscheidungen (BayObLGZ 1964, 94/97 und 1965, 53/57) als (mögliche) Erbeinsetzungen ausgelegt wurden.

(4) Wie bereits ausgeführt, findet aber die Auslegung eines Testaments an Wortlaut und scheinbar eindeutigem Sinn der Erklärungen keine Grenze; dies gilt allerdings nur dann, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 86, 41/46 m. w. Nachw.).

Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht hier solche besonderen Umstände verneint. Sie liegen insbesondere nicht darin, daß der Erblasser seine gesetzlichen Erben im Zeitpunkt der Testamenterrichtung genannt und daß er Testamentsvollstreckung angeordnet hat. Ersterem kommt auch nach Ansicht des Senats keine besondere Bedeutung zu. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist gleichermaßen sinnvoll bei gesetzlicher wie bei einer der gesetzlichen entsprechenden testamentarischen Erbfolge. Auch bei einer Veränderung in dem Kreis der zur Erbfolge berufenen Personen besteht kein grundsätzlicher Unterschied zwischen der gesetzlichen und der testamentarischen Erbfolge (vgl. §§ 2069, 2094 BGB einerseits, § 1924 BGB andererseits). Für den Fall, daß ein weiterer gesetzlicher Erbe der ersten Ordnung nach Testamenterrichtung hinzukommt, ist die Wirksamkeit des Testaments wegen der Möglichkeit der Anfechtung (§ 2079 BGB) unsicher, so daß auch dann die gesetzliche Erbfolge eintreten könnte. Die Erben stehen also bei testamentarischer Berufung kaum mit größerer Bestimmtheit oder Konkrettheit fest als bei gesetzlicher Erbfolge; entgegen der Ansicht der Beteiligten läßt sich aus dem Umstand, daß der Erblasser die Erben näher bezeichnet hat, nichts dafür herleiten, daß er testamentarische Erbfolge anordnen wollte. Ein Umstand, der für die letztwilligen Entschlüsse des Erblassers von Bedeutung gewesen sein könnte, sind die Kosten der Errichtung, Verwahrung und Eröffnung eines Testaments; dieser Umstand spräche aber wegen der möglicherweise höheren Kosten nicht für, sondern gegen die Anordnung einer testamentarischen Erbfolge.

Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO sind somit von den Vorinstanzen zu Recht verneint worden.

b) Die Vorlage eines Erbscheins ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil das Nachlaßgericht die Erbfolge gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG (Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes vom 23.6.1981, GVBl S. 188 = BayRS 300-1-1-J) ermittelt und festgestellt hat. Zunächst ist schon höchst zweifelhaft, ob das Nachlaßgericht wirklich eine testamentarische Erbfolge ermittelt hat. In der Niederschrift über die Testamentseröffnung vom 24.9.1985 hat der Rechtspfleger festgestellt, daß der Verstorbene „aufgrund Gesetzes“ von seiner Ehefrau und seinen Kindern zu je einem Drittel beerbt wird. Am 12.2.1988 hat er diese Niederschrift auf Antrag des Beteiligten zu 3 dahin „ergänzt“ (nicht etwa berichtigt), daß der Verstorbene „aufgrund notariellen Testaments nach der gesetzlichen Erbfolge“ und zwar von seiner Ehefrau und seinen Kindern zu je einem Drittel beerbt worden sei. Diese Feststellungen sind in sich unklar und widersprüchlich. Aber auch wenn man unterstellt, daß damit die Ehefrau und die Töchter des Erblassers als Erben kraft letztwilliger Verfügung ermittelt und festgestellt worden seien, könnte dies die Vorlage eines Erbscheins nicht ersetzen. Denn die Ermittlung der Erben gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG und eine entsprechende ausdrückliche oder schlüssige Feststellung durch das Nachlaßgericht reicht im Grundbuchverfahren für den Nachweis der Erbfolge nicht aus; insbesondere ist das Grundbuchamt an diese Feststellung nicht gebunden. Soweit der Senat in BayObLGZ 1974, 1/4 f. (ähnlich schon BayObLGZ 20, 343/346) zur Erbenermittlung nach dem früher geltenden, inhaltsgleichen Art. 3 Abs. 1 NachIG (Gesetz, das Nachlaßwesen betreffend vom 9.8.1902, GVBl S. 463 = BayBS III S. 114) eine andere Meinung vertreten hat, hält er daran aus folgenden Gründen nicht fest:

Für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Falle einer Erbfolge ist § 35 GBO gegenüber § 29 GBO die speziellere Vorschrift (BGH NJW 1982, 170/172 [= MittBayNot 1981, 237 = DNotZ 1982, 159]; BGHZ 84, 196/199). Jedenfalls im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO reicht daher der Nachweis der Erbfolge durch andere öffentliche Urkunden als den Erbschein für das Grundbuchamt nicht aus (BGH, jeweils aaO). Im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO hat das Grundbuchamt zwar auch andere öffentliche Urkunden als die Verfügung von Todes wegen, vor allem Personenstands-urkunden zu berücksichtigen (vgl. KG JFG 11, 194/198; *Hober/Demharter* § 35 Anm. 15 a). Die Niederschrift des Nachlaßgerichts über die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§ 2260 Abs. 3 BGB) ist eine öffentliche Urkunde (§ 415 Abs. 1 ZPO, vgl. BayObLGZ 1983, 176/180, 181 [= MittBayNot 1983, 179 = DNotZ 1984, 44]), doch kommt der darin getroffenen Feststellung der Erbfolge, auch wenn sie das Ergebnis der Ermittlungen des Nachlaßgerichts gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG ist, keine für das Grundbuchverfahren ausreichende Beweiskraft zu. Die Ermittlung der Erben von Amts wegen gemäß Art. 3 Abs. 1 des Nachlaßgesetzes 1902 und gemäß §§ 42 – 48 der Nachlaßordnung vom 20.3.1903 (JMBl S. 459 = BayBS VJu III S. 166) muß vor allem im Zusammenhang mit der Vermittlung der Auseinandersetzung unter mehreren Erben gesehen werden, die das Nachlaßgericht gemäß Art. 4 – 7 NachIG gleichfalls von Amts wegen vorzunehmen hatte; sie war deren notwendige Voraussetzung (vgl. *Haberstumpf/Barthelmeß/Firsching*, Nachlaßwesen in Bayern, 4. Aufl. [1952], § 42 NachIO Anm. 3), auch wenn sie zugleich als selbständige Pflicht des Nachlaßgerichts angesehen wurde (*Haberstumpf/Barthelmeß/Firsching* aaO). Dementsprechend war Art. 3 in den

Abschnitt „3. Amtliche Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses“ des Nachlaßgesetzes aufgenommen worden. In dem neuen Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, durch dessen Art. 56 Abs. 2 Nr. 6 das Nachlaßgesetz aufgehoben wurde, ist die amtliche Vermittlung der Auseinandersetzung fallen gelassen, die Erbenermittlung durch das Nachlaßgericht aber beibehalten worden. Die Erbenermittlung hat aber auch heute in erster Linie vorbereitenden und die Grundlage einer späteren Entscheidung sichernden Charakter (vgl. auch BayObLGZ 1985, 244/250; *Sprau/Vill* Justizgesetze in Bayern Art. 37 AGGVG Rdnr. 7). Eine Rechtsvermutung wie mit dem Erbschein (§ 2365 BGB) ist mit der auf die amtliche Ermittlung folgenden Feststellung der Erben durch das Nachlaßgericht nicht verbunden (BayObLGZ 1968, 68/71, 72; 1985, 244/251; Beschluß des 1. Zivilsenats vom 29.12.1986 BReg. 2 Z 60/85; *Bokelmann* Rpfleger 1974, 435). Es ist allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur, daß die in § 1964 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Feststellung des Nachlaßgerichts, ein anderer Erbe als der Staat (Fiskus) sei nicht vorhanden, trotz der gemäß § 1964 Abs. 2 BGB daran geknüpften Vermutungswirkung einen Erbschein im Rahmen des § 35 Abs. 1 GBO nicht ersetzen kann (BayObLG MDR 1987, 762; OLG Köln MDR 1965, 993; OLG Hamm OLGZ 1966, 109/111; OLG Frankfurt MDR 1984, 145; *Horber/Demharter* Anm. 3 b cc, *KEHE/Herrmann* Rdnr. 22, *Meikel/Roth* Rdnr. 25, jeweils zu § 35; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 8. Aufl. Rdnr. 781; *Palandt/Edenhofer* BGB 48. Aufl. Anm. 2, Münch-Komm/Leipold BGB Rdnr. 9, *Soergel/Stein* BGB 11. Aufl. Rdnr. 6, *Erman/Schlüter* BGB 7. Aufl. Rdnr. 1, jeweils zu § 1964; a. A. AG Lüneburg Rpfleger 1971, 23). Dies muß dann erst recht für die Feststellung der Erbfolge aufgrund der Ermittlungen nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG gelten, mit der keinerlei Vermutungswirkung verbunden ist, und zwar unabhängig davon, ob das Nachlaßgericht eine Erbfolge aufgrund Gesetzes oder aufgrund Verfügung von Todes wegen ermittelt hat und in welchem Umfang im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO öffentliche Urkunden als Nachweise Verwendung finden können. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden (so aber BayObLGZ 1974, 1/5), daß „ein vom Nachlaßgericht erholter Erbschein ohnehin keinen anderen Inhalt haben (würde), als er sich aus der vom Nachlaßgericht bereits getroffenen Feststellung ergibt“. Denn die Erteilung eines Erbscheins ist in den §§ 2353 ff. BGB an strengere (förmliche) Voraussetzungen geknüpft als die Ermittlung der Erben nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG. Vor allem aber ist die funktionelle Zuständigkeit verschieden geregelt: Für die Ermittlung und Feststellung der Erben nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG ist gemäß § 3 Nr. 2 c RPfIG in jedem Falle der Rechtspfleger zuständig; die Erteilung eines Erbscheins ist demgegenüber nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfIG dem Richter vorbehalten, sofern eine Verfügung von Todes wegen vorliegt (vgl. auch BayObLGZ 1983, 176/181). Im übrigen dürfte es auch im Hinblick auf den in Art. 31 GG ausgesprochenen Vorrang des Bundesrechts nicht möglich sein, über den § 35 Abs. 1 GBO hinaus einen auf Landesrecht beruhenden Nachweis der Erbfolge als weitere Grundlage für die Berichtigung des Grundbuchs zuzulassen. Durch die Vorbehalte zugunsten des Landesgesetzgebers in §§ 192, 200 FG und in § 117 GBO ist dies nicht gedeckt. Nach Bundesrecht ist die Ermittlung der Erben durch das Nachlaßgericht eine ausreichende Grundlage für die Eintragung der Erbfolge im Grundbuch nur im Falle des § 35 Abs. 3 GBO sowie dann, wenn das Grundbuchamt das Grundbuch gemäß §§ 82, 82a GBO von Amts wegen berichtigt.

Der Senat hält somit an der in BayObLGZ 1974, 1/4, 5 geäußerten Ansicht, auf der die Entscheidung im damaligen Fall übrigens nicht beruhte, nicht mehr fest. Die Entscheidung hat in diesem Punkt in der Literatur auch überwiegend kritische oder ablehnende Stellungnahmen ausgelöst (billigend nur *KEHE/Herrmann* § 35 Rdnr. 73; kritisch *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 783 Fn. 10; *Bokelmann* Rpfleger 1974, 435; ablehnend *Horber/Demharter* Anm. 15a, *Meikel/Roth* Rdnr. 29, jeweils zu § 35).

c) Nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO ist bei einer Grundbuchberichtigung der Nachweis der Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden für solche Eintragungsvoraussetzungen nicht nötig, die bei dem Grundbuchamt offenkundig sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Regelung auch im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 GBO eingreift (vgl. BGHZ 84, 196/199). Denn die Erbfolge ist aufgrund der Ermittlung und Feststellung durch das Nachlaßgericht nicht offenkundig. Es ist vielmehr nur aktenkundig, daß das Nachlaßgericht diese Erbfolge festgestellt hat (vgl. OLG Köln MDR 1965, 993; *Horber/Demharter* Anm. 16b, *KEHE/Herrmann* Rdnr. 128, jeweils zu § 29). Dies reicht in keinem Fall aus.

d) Da es an dem nach § 35 Abs. 1 GBO erforderlichen Nachweis der Erbfolge insgesamt fehlt, braucht nicht mehr auf die Frage eingegangen zu werden, ob zum Nachweis dafür, welche Abkömmlinge überhaupt und ob weitere Abkömmlinge als die in einem Testament namentlich bezeichneten vorhanden sind, eine eidesstattliche Versicherung entsprechend § 2356 Abs. 2 BGB als Beweismittel im Grundbuchverfahren Verwendung finden kann (so OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434 mit ablehnender Anmerkung von *Meyer/Stolte*; OLG Zweibrücken DNotZ 1986, 240).

8. BGB § 705; WEG §§ 12, 23 Abs. 4, § 26; GBO § 20 (*Keine Bestellung einer BGB-Gesellschaft zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft*)

**1. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nicht zu Verwaltern einer Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden.**

**2. Ein Eigentümerbeschuß, durch den mehrere Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts zu Verwaltern bestellt werden, ist nichtig.**

**3. Bei der Eintragung der Auflassung eines Wohnungseigentums, zu der die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist, hat das Grundbuchamt die Nichtigkeit des Eigentümerbeschlusses, durch den der zustimmende Verwalter bestellt wurde, unabhängig davon zu prüfen, ob die Nichtigkeit vom Wohnungseigentumsgericht festgestellt ist (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Frankfurt Rpfleger 1988, 184).**

BayObLG, Beschluß vom 12.1.1989 — BReg. 2 Z 123/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

9. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1; BGB §§ 876, 877; GBO § 19 (Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum)

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

BayObLG, Beschluß vom 15.2.1989 — BReg. 2 Z 129/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Michael Lottner*, Nürnberg

#### Aus dem Tatbestand:

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

„a) 10,49/10 000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück . . . verbunden mit dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken bestimmten Räumen des Büro-Altbaus, Aufteilungsplan Nr. 5023.

b) 10,49/10 000 Miteigentumsanteil an dem vorgenannten Grundbesitz, verbunden mit dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken bestimmten Räumen des Büro-Altbaus, Aufteilungsplan Nr. 6018.“

Diese Räume sind im Aufteilungsplan als Büroräume ausgewiesen.

Die Gemeinschaftsordnung vom 7.11.1984 ist als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen. In der Gemeinschaftsordnung ist in Abschnitt B § 7 u. a. folgendes bestimmt:

#### Absatz 2:

„Die gewerblichen Flächen müssen stets als solche benutzt werden, desgleichen die als Büroflächen ausgewiesenen Räume. Jede Änderung der Nutzung gegenüber der ersten oder bisher genehmigten Art (Warensortiment, Fachrichtung, Dienstleistungen) einer Gewerbefläche oder Bürofläche bedarf der Zustimmung des Verwalters, der das Zustimmungsrecht auch Dritten delegieren kann, z. B. der Werbegemeinschaft. Die Zustimmung kann nicht versagt werden, wenn kein Eigentümer oder Mieter der entsprechenden Nutzungsart (Handel und Gastronomie/Büro/Wohnung/Praxis) Einspruch erhebt. Im übrigen ist die Zustimmung nur zu erteilen, wenn sie mit der Gesamtkonzeption der Anlage als multifunktionalem Einkaufszentrum mit breitgefächertem und gestreutem Angebot vereinbar ist und die Wirtschaftlichkeit der Betriebe durch eine beabsichtigte Nutzungsänderung nicht gefährdet wird . . .“

#### Absatz 3:

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

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

2. Mit Unterteilungserklärung vom 15.10.1987 und den Nachträgen hierzu vom 23.11.1987 und 30.12.1987 unterteilte die Beteiligte u. a. ihre oben genannten Teileigentumseinheiten unter Umwandlung in Wohnungseigentum jeweils in 7,03/10 000 und 3,46/10 000 Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an den in den Urkunden näher bezeichneten Wohnräumen.

3. Den Antrag auf Vollzug der Urkunde vom 15.10.1987 samt zwei Nachträgen hat der Rechtspfleger des Grundbuchamtes mit Zwischenverfügung vom 4.2.1988 beanstandet, weil die beantragte Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum eine Änderung der Gemeinschaftsordnung und damit eine Inhaltsänderung des Sondereigentums aller am Vertragsgrundstück bestehenden Wohnungs- und Teileigentumsrechte darstelle. Eine solche Änderung bedürfe der Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer sowie der Zustimmung aller betroffenen Grundpfandgläubiger. Nach der Gemeinschaftsordnung sei die Umwandlung von Büroflächen in Wohnraum mit Zustimmung des Verwalters gestattet. Die Verwalterzustimmung liege hier vor. Es bedürfe deshalb nicht mehr der Zustimmung

der anderen Wohnungs- und Teileigentümer. Erforderlich sei aber noch die Vorlage der formgerechten Zustimmung aller im Grundbuch . . . eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger oder die Aufhebung der inhaltsändernden Bestimmungen in der Unterteilungserklärung vom 15.10.1987 durch Nachtrag und diesbezügliche Antragsrücknahme.

Gegen die Zwischenverfügung hat der Notar Erinnerung eingelegt. Dieser hat das Grundbuchamt nicht abgeholt und sie dem Landgericht als Beschwerde vorgelegt. Mit Beschluß vom 28.10.1988 hat das Landgericht die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Mit Beschluß vom 22.11.1988 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag wegen Nichtbesetzung der in der Zwischenverfügung vom 4.2.1988 aufgeführten Vollzugshindernisse zurückgewiesen.

Gegen den Beschluß des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, daß das Grundbuchamt mit Beschluß vom 22.11.1988 den Eintragungsantrag der Beteiligten zurückgewiesen hat, denn diese Entscheidung ist ausschließlich aus den Gründen der Zwischenverfügung vom 4.2.1988 ergangen (BayObLGZ 1969, 278/280; 1978, 335/337 [= DNotZ 1979, 216]; 1986, 54/55 [= MittBayNot 1986, 129 = DNotZ 1986, 622 mit Anm. *Kanzleiter*] — *Horber/Demharter* GBO 17 Aufl. § 78 Anm. 3 a; *Kehe/Kuntze* Grundbuchrecht 3. Aufl. § 78 Rdnr. 5).

Die weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamtes.

#### 1. Das Landgericht hat ausgeführt:

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

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

a) die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum bedarf grundsätzlich der Mitwirkung der übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentümer (BayObLGZ 1983, 79/84 [= MittBayNot 1983, 124 = DNotZ 1984, 104]; BayObLG Rpfleger 1986, 177 [= MittBayNot 1986, 23]; OLG Braunschweig MDR 1976, 1023; *Horber/Demharter* Anh. zu § 3 Anm. 11 c; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. § 10 Anm. 17 a).

Nach § 15 Abs. 1, § 1 Abs. 6 WEG können die Wohnungs- und Teileigentümer den Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarung regeln. Regelungen in der Teilungserklärung und in der Gemeinschaftsordnung stehen einer Vereinbarung gleich. Eine dort getroffene Zweckbestimmung bezüglich eines Raumeigentums als Teileigentum hat somit Vereinbarungskarakter. Die Änderung dieser Zweckbestimmung kann daher nur durch Vereinbarung geschehen und bedarf nach Begründung der Wohnungs- (Teil-)eigentümer

gemeinschaft als Abänderungsvereinbarung im Sinne des § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG der Mitwirkung der übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentümer (BayObLGZ 1983, 79/84).

Die Vereinbarung wird, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird (§ 10 Abs. 2 WEG), gemäß § 5 Abs. 4 WEG zum „Inhalt des Sondereigentums“ aller Wohnungs- (Teil-)eigentümer und wirkt gemäß § 10 Abs. 2 WEG auch gegen Sondernachfolger der Wohnungs- (Teil-)eigentümer (BGHZ 91, 343/345 [= MittBayNot 1984, 129 = DNotZ 1984, 695 mit Anm. Schmidt]; BayObLGZ 1985, 378/381 f. [= MittBayNot 1986, 24 = DNotZ 1986, 479 mit Anm. Ertl]).

Folglich führt die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum zu einer Ände rung der rechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Sondereigentums auch der übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentümer. Dies stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums im Sinne des § 877 BGB dar (OLG Braunschweig MDR 1976, 1023; Augustin WEG § 10 Rdnr. 23; vgl. auch BGHZ 91, 343, 346; BayObLG Rpfleger 1986, 177/178; offengelassen in BayObLGZ 1983, 79/85).

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

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

Ob die Zustimmung (Eintragungsbewilligung) der dinglich Berechtigten der übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentumsrechte bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum in entsprechender Anwendung des Gesetzes, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend vom 15.6.1898 (BayRS 403-2-J) durch die Vorlage eines Unschädlichkeitszeugnisses ersetzt werden kann (vgl. BayObLGZ 1988, 1 ff. [= MittBayNot 1988, 75]), bedarf keiner Entscheidung, da es hier darauf nicht ankommt.

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

Das Rechtsbeschwerdegericht hat die in der Teilungserklärung enthaltene Gemeinschaftsordnung selbständig auszu legen, weil sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist (BGHZ 37, 147/148 f.; 59, 205/208 f.; BayObLGZ 1985, 124/128 [= MittBayNot 1985, 74 mit Anm. Schmidt = DNotZ 1986, 87 mit Anm. Herrmann]; 378/383). Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder des im Grundbuch in Bezug genommenen ergibt (BGHZ 59, 205/209; BayObLG aaO).

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

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

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

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

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

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

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

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

Nach § 7 Abs. 2 Satz 2 der Gemeinschaftsordnung bedarf jede Änderung der Nutzung einer Bürofläche gegenüber der ersten oder bisher genehmigten Art der Zustimmung des Verwalters oder eines von ihm bestimmten Dritten, also von jemand, der bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zwar im eigenen Namen, aber lediglich treuhänderisch in verdeckter (mittelbarer) Stellvertretung der Wohnungseigentümer handelt (vgl. BayObLGZ 1980, 29/35 [= DNotZ 1980, 751]; *Weitnauer* § 12 Rdnr. 5 c). Diese Vorschrift ist jedoch, wie sich aus § 7 Abs. 2 Sätze 2–4 ergibt, zur Regelung des Wettbewerbs zwischen den einzelnen in der Anlage tätigen Betrieben in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen worden. Auf die Zustimmung des Verwalters kommt es deshalb nicht an, wenn gemäß § 7 Abs. 3 der Gemeinschaftsordnung Büroflächen in Wohnraum umgewandelt werden sollen, denn hierdurch wird die Wettbewerbslage für die in dem Anwesen tätigen gewerblichen Unternehmen nicht beeinträchtigt.

d) Die Bestimmung des § 7 Abs. 3 Satz 3 der Gemeinschaftsordnung in der dargelegten Auslegung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Das Erfordernis der Zustimmung der übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentümer zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum ist abdingbar (vgl. *Augustin* § 10 Rdnr. 29).

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

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

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

Ebenso wie die übrigen Wohnungs- (Teil-)eigentümer im Inhalt ihres Sondereigentums nicht mehr berührt werden, können auch die dinglich Berechtigten ihre Rechtsposition der Vornahme einer solchen Umwandlung nicht entgegensetzen; sie sind damit durch die Eintragung einer solchen Umwandlung nicht i. S. des § 19 GBO betroffen (vgl. BayObLGZ 1985, 378/382/384 = MittBayNot 1986, 24/26 f.). Anhaltspunkte dafür, daß hier Belastungen von Wohnungs- (Teil-)eigentumsrechten vorliegen, die vor der Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch begründet worden sind, liegen nicht vor.

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

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

10. BGB § 2217; GBO § 29 (*Keine Freigabeerklärung des Notars als Testamentsvollstrecker durch Eigenurkunde*)

**Die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB), der zugleich Notar ist, genügt nicht den Anforderungen des § 29 GBO, wenn sie in der Form einer sog. Eigenurkunde erfolgt.**

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 10.8.1988 — 3 Wx 331/88 —

*Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte ist Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des B. Zum Nachlaß gehört die hälftige Gläubigerschaft an der In Abt. III lfd. Nr. 1 eingetragenen Darlehenshypothek von 30.000 DM. Der Erblasser ist von seinen drei Kindern beerbt worden.

Mit Erklärung vom 1.10.1987 hat der Beteiligte in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker die hälftige Gläubigerstellung an der Hypothek den drei Erben zur freien Verfügung überlassen (§ 2217 BGB) und beantragt, die Erben, die die andere Hälfte des Hypothekenrechts von ihrer vorverstorbenen Mutter geerbt haben, im Wege der Grundbuchberichtigung zu gleichen Teilen als neue Hypothekengläubiger einzutragen. Der Rechtspfleger des Grundbuchamts hat durch Zwischenverfügung die Freigabeerklärung des Beteiligten vom 1.10.1987 der Form nach beanstandet und den Beteiligten aufgefodert, eine der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO entsprechende Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers einzureichen. Der Beteiligte hat daraufhin seine Freigabeerklärung amtlich — mit eigenhändiger Unterschrift und Amtssiegel — „als Eigenurkunde“ wiederholt und gegen die Zwischenverfügung Erinnerung erhoben.

Das Landgericht hat die nach Nichtabhilfe als Beschwerde geltende Erinnerung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist gem. §§ 78, 80 i. V. m. 15 GBO zulässig, aber nicht begründet. Die auf zulässige Erstbeschwerde des Beteiligten ergangene Entscheidung des Landgerichts hält der dem Senat obliegenden rechtlichen Überprüfung stand (§§ 78 GBO, 550 ZPO).

Die angefochtene Zwischenverfügung ist zu Recht ergangen. Die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) bedarf, soweit sie sich — wie hier — auf Grundbesitz bezieht, der Form des § 29 GBO, also der öffentlichen Beglaubigung. Hierüber besteht unabhängig von unterschiedlichen Auffassungen über die Rechtsnatur der Freigabeerklärung — soweit ersichtlich — kein Streit (vgl. hierzu OLG Hamm Rpfleger 1973, 133; LG Berlin WM 1961, 313; MünchKommBrandner § 2217 Rdnr. 7; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 46. Aufl., § 2217 Anm. 2b). Da die Freigabeerklärung im Hinblick darauf, ob der Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO mit eingetragen ist oder nicht, zu den Eintragungsunterlagen i. S. des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO gehört, kann auf die Einhaltung der grundbuchmäßigen Form nicht verzichtet werden.

Der Umstand, daß der Testamentsvollstrecker im vorliegenden Falle zugleich Notar ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Vorinstanzen haben ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die nach § 29 GBO erforderliche notarielle Unterschriftsbeglaubigung nicht durch eine sogenannte Eigenurkunde des Notars ersetzt werden kann. Eine Beurkundung in eigener Angelegenheit soll nicht nur nach § 3 Abs. 1 BeurkG unterbleiben, sondern sie ist gem. § 6 Abs. 1 BeurkG unwirksam. Eine notarielle Eigenurkunde wird ausnahmsweise als dem Formerfordernis des § 29 GBO genügende öffentliche Urkunde dann zugelassen, wenn ein Notar von ihm selbst beurkundete oder beglaubigte grundbuchrechtliche Erklärungen aufgrund ausdrücklicher Vollmacht

im Namen eines Beteiligten nachträglich berichtigt, ergänzt oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen inhaltlich anpaßt (BGHZ 78, 36 [= MittBayNot 1981, 42 = DNotZ 1981, 118 mit Anm. *Winkler*]; BayObLG DNotZ 1983, 434 [= MittBayNot 1982, 181]; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht, 8. Aufl., Rdnr. 164; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 1 BeurkG Rdnr. 6). Darum geht es aber vorliegend nicht. Der Beteiligte handelt hier nicht aufgrund ausdrücklicher Vollmacht im Namen eines Dritten zur Ergänzung oder Abänderung einer Erklärung, die er selbst vorher bereits beurkundet oder beglaubigt hat, sondern als Partei Kraft Amtes aus eigenem Recht und nicht etwa in Vertretung der Erben (*Keidel/Kuntze/Winkler*, § 3 BeurkG Rdnr. 18). Mit der Freigabeerklärung verzichtet er auf das ihm als Testamentsvollstrecker zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Die Entscheidung, ob der Nachlaßgegenstand freizugeben ist, trifft der Testamentsvollstrecker unbeschadet eines etwaigen Anspruchs des Erben gemäß § 2217 Abs. 1 BGB in eigener Verantwortung.

Ebensowenig wie die öffentliche Beglaubigung einer Löschungsbewilligung des Notars in Ansehung eines ihm selbst zustehenden Grundpfandrechts durch eine notarielle Eigenurkunde ersetzt werden kann (vgl. hierzu OLG Zweibrücken in Rpfleger 1982, 276), ist dies im vorliegenden Falle zulässig.

Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber für Erklärungen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, lediglich die Unterschrift mit Siegel oder Stempel verlangt (§ 29 Abs. 3 GBO), kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten herleiten. Der Notar ist zwar eine mit öffentlichem Glauben versehene Person und unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes. Gleichwohl kann er, soweit es um die Beurkundung geht, nicht in jeder Hinsicht einer staatlichen Behörde gleichgestellt werden. Denn diese nimmt originär die staatlichen Beurkundungsbefugnisse wahr, während der Notar lediglich eine ihm in bestimmten Grenzen anvertraute staatliche Ermächtigung ausübt (OLG Zweibrücken, Rpfleger 1982, 277).

Da die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers, der zugleich Notar ist, kein hoheitliches Handeln des Notars darstellt, ist auch insofern für eine notarielle Eigenurkunde kein Raum (so auch *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 79). Daß der Notar, der in eigener Angelegenheit eine Grundbucheklärung abgibt, von der Einhaltung der Form des § 29 GBO nicht befreit ist, zeigt auch die Regelung des § 24 Abs. 3 Satz 2 der BNotO. Dort ist für den Fall der Rücknahmeerklärung durch den Notar ausdrücklich bestimmt, daß eine Beglaubigung der Unterschrift nicht erforderlich ist. Diese Vorschrift wäre sinnlos, wenn für Eigenerklärungen der Notare ohnehin der Formzwang des § 29 GBO nicht gelten würde. Im Interesse der Sicherheit und Verlässlichkeit des Grundbuchverkehrs muß vielmehr daran festgehalten werden, daß die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung des Notars in einer eigenen Angelegenheit der Form des § 29 GBO entsprechen muß. Ob eine Identitätsprüfung im Wege der öffentlichen Unterschriftenbeglaubigung unbedingt erforderlich ist, wenn die Grundbucheklärung von einem Notar in eigener Sache abgegeben wird, kann zum Gegenstand einer rechtspolitischen Erörterung gemacht werden. Derartige Überlegungen ändern aber nichts an der derzeitigen Rechtslage, die die Einhaltung der Form des § 29 GBO verlangt.

11. WEG § 16 Abs. 2; GBO §§ 22, 29; BGB §§ 705 ff., 717, 719 (*BGB-Gesellschaft als Wohnungseigentümer*)

**Schuldner der Wohngeldverpflichtung einer BGB-Gesellschaft als Wohnungseigentümerin sind die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter als Gesamtschuldner auch dann, wenn von einem Gesellschafter die Übertragung der Mitgliedschaft geltend gemacht wird, das Grundbuch aber noch nicht berichtigt worden ist.**

**Eine Ausnahme ist zuzulassen, wenn der Eigentümergemeinschaft in der Form des § 29 GBO der Nachweis der Abtretung und der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bzw. der Erlaubnis im Gesellschaftsvertrage erbracht wird.**

OLG Hamm, Beschluß vom 4.1.1989 — 15 W 416/88 — mitgeteilt von *Dr. Joachim Kuntze*, Vors. Richter am OLG Hamm

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Antragsteller sind Miteigentümer einer Wohnungseigentumsanlage, die aus 21 Wohnungen und 10 Ladenlokalen besteht. Die Antragsgegnerinnen sind in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerinnen der Wohnung Nr. 15 und des Ladenlokals Nr. 7 eingetragen.

Am 18.6.1983 beurkundete der Notar N. ein Vertragsangebot der Antragsgegnerin zu 2) zur Übertragung ihres Gesellschaftsanteils bürgerlichen Rechts. Dieses Vertragsangebot nahm der Kaufmann H. durch notarielle Erklärung vom 11.7.1983 an. Beide Grundbücher sind bisher nicht berichtigt worden.

Die Antragsteller haben im Verfahren in Wohnungseigentumssachen von den Antragsgegnerinnen für Wohnung und Ladenlokal die Zahlung restlichen Wohngeldes aus der Jahresabrechnung 1986 verlangt, die durch den Beschluß der Eigentümerversammlung vom 19.8.1987 zu Tagesordnungspunkt 2 gebilligt worden ist, und zwar zum Betrage von 3.119,98 DM.

Das Amtsgericht hat den Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldnerinnen aufgegeben, an die Antragsteller den geforderten Betrag zu zahlen. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2) hat das Landgericht durch Beschluß die amtsgerichtliche Entscheidung u. a. insoweit aufgehoben, als darin die Antragsgegnerin zu 2) zur Zahlung verurteilt worden ist.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung wenden sich die Antragsteller mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde.

#### *Aus den Gründen:*

1. ...

2. In der Sache hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung durch den Senat jedoch nicht stand.

Die Zahlungspflicht des Wohngeldes für 1986 ist im Hinblick auf den Grund und die Höhe der Ansprüche für die Wohnungseigentümer der eingangs genannten Anlage begründet. Sie ergibt sich aus § 16 Abs. 2 WEG i. V. m. § 13 der Teilungserklärung vom 28.10.1981. Verbindlich festgelegt worden ist sie durch den Beschluß der Wohnungseigentümer zu Tagesordnungspunkt 2 der Eigentümerversammlung vom 19.8.1987.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist auch die Antragsgegnerin zu 2) verpflichtet, das von ihr eingeforderte Wohngeld zu zahlen, obwohl sie geltend macht, nicht mehr Gesellschafterin der BGB-Gesellschaft, der Eigentümerin der beiden Einheiten, zu sein. Die Antragsgegnerin zu 2) haftet als Schuldnerin der Wohngeldverpflichtung, weil sie noch als Wohnungs-/Teileigentümerin im Grundbuch eingetragen ist.

Die Verpflichtung zur Leistung des Lasten- und Kostenbeitrags trifft nach dem Gesetz und der hier verbindlichen Teilungserklärung jeden „Wohnungseigentümer“. Dabei haften

mehrere Rechtsinhaber, so auch die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, nach einhelliger Auffassung als Gesamtschuldner (*Bärmann/Pick*, WEG, 6. Aufl., Rdnr. 100 zu § 21 WEG; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., Rdnr. 16 zu § 16 WEG). Die von der Antragsgegnerin zu 2) behauptete Rechtsnachfolge in ihre Gesellschafterinnenstellung ist nicht in einer für die Wohnungseigentümergeinschaft und den Verwalter annehmbaren Form nachgewiesen worden.

Zwar hätten sich die Eigentumsverhältnisse an der Wohnung Nr. 15 und dem Ladenlokal Nr. 7 geändert, wenn mit dem Landgericht eine wirksame Übertragung des Gesellschaftsanteils von der Antragsgegnerin zu 2) auf den Kaufmann H. angenommen werden könnte. Bei einem derartigen Rechtsgeschäft vollzieht sich der Erwerb, wenn zum Gesamthandsvermögen der BGB-Gesellschaft ein Grundstück oder ein grundstücksgleiches Recht (z. B. Wohnungseigentum, vgl. §§ 2, 4 WEG) gehört, ohne Auflassung und Eintragung im Grundbuch; denn es handelt sich nicht um die Übertragung eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts, sondern um die Übertragung der Mitgliedschaft. Falls der Gesellschaftsvertrag diesen Gesellschaftswechsel zuläßt oder alle Gesellschafter zustimmen, geht bei der Übertragung der Mitgliedschaft der für sich unübertragbare (§ 719 Abs. 1 BGB) Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen als vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft mit über (BGH WPM 1961, 303; *Palandt/Thomas*, BGB, 48. Aufl., Anm. 1a und b zu § 717 und Anm. 2b zu § 719 BGB mit Nachweisen). Der Rechtsübergang findet außerhalb des Grundbuchs statt und löst eine Berichtigung nach § 22 GBO aus (Beschluß des Senats vom 10.7.1986 - 15 W 269/86 - = OLGZ 1986, 316).

Außer der somit nicht erforderlichen Eintragung im Grundbuch hätte dieser Rechtsübergang vorliegend auch nicht der in § 6 Nr. 2 der Teilungserklärung vorgesehenen Zustimmung des Verwalters bedurft. Insoweit folgt der Senat ebenfalls noch der Auffassung des Landgerichts. Denn diese Zustimmung ist — ebenso wie im Gesetz (§ 12 Abs. 1 WEG) vorgesehen — an die „Veräußerung des Wohnungseigentums“ gebunden worden. Die Übertragung der Mitgliedschaft läßt sich aber mit einer Verfügung über das zum Gesamthandsvermögen gehörende Wohnungs- oder Teileigentum nicht gleichsetzen. Ein Rechtsgeschäft kann nur dann einer dem § 137 BGB widersprechenden Genehmigung unterworfen werden, wenn das Gesetz, in dessen Rahmen sich die vorliegende Teilungserklärung hält, dies ausdrücklich gestattet (Beschluß des Senats vom 13.9.1979 - 15 W 209/79 - = OLGZ 1979, 419 [= MittBayNot 1979, 180 = DNotZ 1980, 53]).

Dennoch hat das Landgericht nach seinem Erkenntnisstand zu Unrecht einen wirksamen Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs angenommen. Denn es fehlte ihm der Nachweis der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Übertragung der Mitgliedschaft, der hier wohl überhaupt nicht erbracht werden kann, oder aber die belegte Zustimmung aller Gesellschafter. Diesem Punkt, der in der weiteren Beschwerdeinstanz streitig behandelt worden ist, ist die Vorinstanz nicht nachgegangen, obwohl er zwingendes Erfordernis einer wirksamen Übertragung des Mitgliedschaftsrechts gewesen wäre. Einer Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache zur Nachholung der dem Senat als Rechtsbeschwerdeinstanz verschlossenen Ermittlungen bedarf es aber aus nachstehenden Erwägungen nicht.

Gründe der Rechtssicherheit gebieten es vorliegend, die Antragsgegnerin zu 2) aufgrund ihrer noch fortdauernden Eintragung im Grundbuch als Schuldnerin der Wohngeldverpflichtung anzusehen. Gerade der Wohngeldanspruch muß möglichst leicht und schnell durchsetzbar sein, um die Liquidität der Eigentümergemeinschaft und damit die ordnungsgemäße Verwaltung der Eigentumsanlage zu gewährleisten. Das sind auch die Gründe für das hier grundsätzlich bejahte Aufrechnungsverbot. Der Bundesgerichtshof (NJW 1983, 1615), der den anders gelagerten Fall einer Veräußerung des Wohnungseigentums selbst in einer umstrittenen Entscheidung zu beurteilen hatte, hat die Wohngeldhaftung des im Grundbuch eingetragenen Wohnungseigentümers auch dann bejaht, wenn er sein Wohnungseigentum veräußert hat, nicht mehr nutzt und für den Erwerber eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist. Neben einem sachenrechtlichen Argument — solange der Wohnungseigentümer aufgrund der Grundbucheintragung „rechtlich“ der Wohnungseigentümergeinschaft angehöre, bestehe seine Haftung nach § 16 Abs. 2 WEG fort — hat er auch das Argument der Rechtssicherheit betont: Der Eintragung im Grundbuch können die Wohnungseigentümer leicht und mit Gewähr entnehmen, wer Wohnungseigentümer und damit Träger der mit dem Wohnungseigentum verbundenen Pflichten ist. Gründe der Rechtssicherheit spielen aber bei einem Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs, der nicht verlautbart wird, eine ausschlaggebende Rolle. Es kann der Eigentümergemeinschaft oder ihrem Verwalter nicht zugemutet werden, bei der möglichst zügigen Realisierung eines Wohngeldanspruchs die materielle Wirksamkeit einer behaupteten Übertragung des Mitgliedschaftsrechts an einer BGB-Gesellschaft ohne stichhaltigen Nachweis hinnehmen zu müssen. Anders als die Übertragung des Wohnungseigentums selbst, die eintragungsbedürftig und — hier — überdies zustimmungsgebunden ist, vollzieht sich der Gesellschaftswechsel ohne jegliche Publizität gegenüber der Eigentümergemeinschaft. Er ist nicht zustimmungsbedürftig, und die Eintragung im Grundbuch ist für den Rechtsübergang der Grundstücksbeteiligung nicht konstitutiv. Vorliegend findet nicht einmal eine sichtbare tatsächliche Eingliederung des Erwerbers in die Eigentümergemeinschaft statt, denn keiner der Gesellschafter nutzt die offensichtlich vermieteten Einheiten. Es kommt hinzu, daß die Verfahren der Zwangsversteigerung beider Einheiten der BGB-Gesellschaft gegen die bisherigen Gesellschafterinnen, mithin auch gegen die Antragsgegnerin zu 2), betrieben werden.

Zusammenfassend sind daher als Schuldner der Wohngeldverpflichtung bei einer BGB-Gesellschaft die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter anzusehen, und zwar auch dann, wenn eine Übertragung des Mitgliedschaftsrechts geltend gemacht wird, die Grundbuchberichtigung aber noch nicht vollzogen ist. Eine Ausnahme wird vor durchgeführter Berichtigung allenfalls zu machen sein, wenn der Eigentümergemeinschaft bzw. dem Verwalter gegenüber in der Form des § 29 GBO der Nachweis des Abtretungsvertrages und der Erlaubnis im Gesellschaftsvertrage oder der Zustimmung aller Gesellschafter erbracht wird. Das ist vorliegend nicht geschehen. Der Rechtsgedanke des § 891 Abs. 1 BGB (vgl. auch LG Frankfurt, MDR 1986, 238) und die Bindung der veräußernden Gesellschafterin an das Gemeinschaftsverhältnis, die *ihr* diese Aktivitäten auferlegt, rechtfertigen diese Grundsätze.

12. § 10 ErbbauVO (Rangstelle der Erbbaurechte, Nacherbenvermerk)

**Der durch § 10 Abs. 1 ErbbauVO geforderten Eintragung des Erbbaurechtes zur ausschließlich ersten Rangstelle steht ein in der zweiten Abteilung voreingetragener Nacherbenvermerk nicht entgegen (Aufgabe der gegenteiligen Ansicht des Senates im Beschluß vom 19. März 1965 = NJW 1965, 1489 = OLGZ 1965, 82 = Rpfleger 1966, 48 = DNotZ 1966, 102).**

OLG Hamm, Beschluß vom 5.1.1989 — 15 W 244/88 — mitgeteilt von *Dr. Joachim Kuntze*, Vors. Richter am OLG Hamm und von Notar *Helmut Frhr. von Oefele*, München

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) ist eingetragene Eigentümerin verschiedener Grundstücke, die sie im Wege der Erbfolge nach ihrem verstorbenen Ehemann erworben hat. Zugleich mit der Umschreibung ist am 8.1.1968 auf der Grundlage des notariellen Erbvertrages vom 6.3.1956 in Abt. II Nr. 3 ein Nacherbenvermerk zugunsten der drei Kinder der Beteiligten zu 1) aus ihrer Ehe mit ihrem verstorbenen Ehemann eingetragen worden, in dem es heißt, die Beteiligte zu 1) sei befreite Vorerbin.

Durch notarielle Urkunde vom 15.8.1986 haben die Beteiligten einen Erbbaurechtsvertrag über die Bestellung eines Erbbaurechtes an dem Grundstück lfd. Nr. 48 des Bestandsverzeichnisses geschlossen. Das Erbbaurecht hat eine Laufzeit von 99 Jahren. Der wertgesicherte Erbbauzins ist mit 8.000,— DM jährlich vereinbart.

Eine Ausfertigung dieser Urkunde mit den Anträgen der Beteiligten zur Eintragung des Erbbaurechtes hat der Urkundsnotar am 15.9.1987 bei dem Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht. In einer weiteren, am selben Tag eingereichten Urkunde hat die Beteiligte zu 1) als Eigentümerin die Löschung der in Abt. III Nr. 13 und 14 für sie eingetragenen Eigentümergrundschulden beantragt, die sämtliche Grundstücke belasten.

Durch Zwischenverfügung vom 23.9.1987 hat das Grundbuchamt — Rechtspfleger — beanstandet, daß für beide Eintragungen die Zustimmung der Nacherben erforderlich sei. Zur Nachreichung der Erklärungen hat es den Beteiligten eine Frist von einem Monat gesetzt.

Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten Erinnerung eingelegt, der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat. Das nunmehr als Beschwerde geltende Rechtsmittel hat das Landgericht durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

... Die weitere Beschwerde der Beteiligten ist begründet, soweit das Landgericht die Beanstandung der Zwischenverfügung bestätigt hat, der eingetragene Nacherbenvermerk stehe der Eintragung des Erbbaurechtes entgegen, wenn nicht die Zustimmung der Nacherben beigebracht werde. Insoweit beruht die Entscheidung des Landgerichtes auf einer Gesetzesverletzung (§ 78 GBO).

Allerdings rügt die weitere Beschwerde insoweit ohne Erfolg, daß das Landgericht bei der sachlichen Prüfung davon ausgegangen ist, daß die Beteiligte zu 1) nach ihrem verstorbenen Ehemann die Rechtsstellung lediglich einer befreiten Vorerbin erlangt hat. Dabei wird übersehen, daß die erhobene Beanstandung an die grundbuchrechtlichen Wirkungen der in dem Nacherbenvermerk verlautbarten Verfügungsbeschränkung anknüpft. In diesem Rahmen muß das Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt bleiben, der Nacherbenvermerk sei sachlich zu Unrecht in das Grundbuch eingetragen, weil die Auslegung des Erbvertrages vom 6.3.1956 entgegen den Ausführungen des Beschlusses des Landgerichtes ergebe, daß die Beteiligte zu 1) zur Vollerbin eingesetzt sei. Denn eine etwaige Unrichtigkeit der Eintragung

des Nacherbenvermerks kann nur durch Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO beseitigt werden. Solange der Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen ist, ist für seine grundbuchrechtlichen Wirkungen von dem vermerkten Nacherbenrecht auszugehen.

Das Landgericht hat diese Beanstandung der Zwischenverfügung mit der Begründung bestätigt, der eingetragene Nacherbenvermerk stehe im Hinblick auf das Erfordernis der Bestellung des Erbbaurechtes zum ersten Rang (§ 10 Abs. 1 ErbbauVO) der Eintragung des Erbbaurechtes entgegen. Das Landgericht hat sich insoweit der in dem Beschluß des Senats vom 19.3.1965 (NJW 1965, 1489 = Rpfleger 1966, 48 = OLGZ 1965, 82 = DNotZ 1966, 102) vertretenen Auffassung angeschlossen. Dieser Entscheidung des Senats ist das OLG Hamburg (DNotZ 1967, 373, 376) entgegengetreten. Sie ist darüber hinaus im Schrifttum auf einhellige Ablehnung gestoßen (vgl. *Staudinger/Ring*, 12. Aufl., § 10 ErbbauVO, Rdnr. 9; *Soergel/Baur*, 11. Aufl., § 10 ErbbauVO, Rdnr. 3; *RGRK/Räffe*, § 10 ErbbauVO, Rdnr. 5; *Palandt/Bassenge*, 48. Aufl., § 10 ErbbauVO, Anm. 1a; *Erman/Ronke*, 7. Aufl., § 10 ErbbauVO, Rdnr. 1; *MK-von Oefele*, § 10 ErbbauVO, Rdnr. 4; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechtes 1987, Kapitel 2, Rdnr. 109; *Winkler DNotZ* 1970, 651, 654; *Ingenstau*, Erbbaurecht, 6. Aufl., § 10 Rdnr. 22; *Haegeler*, Rpfleger 1971, 125; *ders.*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1737). Der Bundesgerichtshof (BGHZ 52, 269 = NJW 1969, 2043) hat diese Rechtsfrage offengelassen, nachdem er die Bestellung eines Erbbaurechtes durch einen nichtbefreiten Vorerben bereits nach § 1 Abs. 4 ErbbauVO für unwirksam erachtet hat. Der Senat schließt sich dieser Gegenansicht unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung an. Dafür sind folgende Erwägungen maßgebend:

Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 ErbbauVO setzt das Bestehen eines materiellen Rangverhältnisses einer Voreintragung zu dem Erbbaurecht voraus. Es entspricht heute einhelliger Auffassung, daß die im Nacherbenvermerk verlautbarte Verfügungsbeschränkung ein Rangverhältnis im Sinne des § 879 BGB nicht begründet (RGZ 135, 384; KG HRR 1934, Nr. 199 = JW 1933, 2708 und HRR 1935, Nr. 1525 = JW 1935, 3560; *Staudinger/Kutter*, 12. Aufl., § 879 Rdnr. 12; *MK-Wacke*, § 879 Rdnr. 6; *Palandt/Bassenge*, 48. Aufl., § 879 Anm. 2e). Aus den Gesetzgebungsmaterialien zur ErbbauVO läßt sich nicht ableiten, daß für die Anwendung des § 10 Abs. 1 ErbbauVO gleichwohl die Rangqualität der Verfügungsbeschränkung des Vorerben festgeschrieben werden sollte. Die bei *Günther* (Erbbaurecht, 1919, S. 28) abgedruckte Begründung zum Entwurf des § 10 ErbbauVO geht davon aus, daß Verfügungsbeschränkungen in keinem Rangverhältnis zu den Eintragungen in Abt. II und III des Grundbuchs stehen, stellt jedoch in Rechnung, daß diese Auffassung damals nicht unbestritten war. Eine Klarstellung erscheine deshalb erforderlich. Zugleich sei die Möglichkeit vorzusehen, daß eine Änderung der Rechtsanschauung die Bestellung von Erbbaurechten an gebundenem Besitz nicht ausschließe. Der Entwurf sehe dementsprechend vor, daß durch landesrechtliche Verordnung eine Befreiung von dem Erfordernis der ersten Rangstelle in bestimmten Fällen vorgesehen werden dürfe. Danach diene die in § 10 Abs. 2 ErbbauVO aufgenommene Ermächtigung zum Erlaß landesrechtlicher Verordnungen dazu, die rechtliche Möglichkeit zur Begründung eines Erbbaurechtes bei bestehenden Verfügungsbeschränkungen zu eröffnen, falls sich die Rechtsauffassung über das Bestehen eines Rangverhältnisses mit Verfügungsbeschränkungen verfestigte. Gerade diese Entwicklung ist

aber nicht eingetreten. Der Begründung lassen sich umgekehrt jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß für die Anwendung der ErbbauVO die Auffassung über die Rangqualität der Verfügungsbeschränkung für die Zukunft festgeschrieben und die nähere Regelung über die Möglichkeit der Bestellung eines Erbbaurechtes in diesen Fällen ausschließlich landesrechtlichen Verordnungen auf der Grundlage des § 10 Abs. 2 ErbbauVO vorbehalten werden sollten. Die preußische Verordnung vom 30.4.1919 hat an der Rechtslage hinsichtlich des Nacherbenvermerkes nichts geändert, weil sie von der Rangqualität dieser Verfügungsbeschränkung ausgeht und die Begründung des Erbbaurechtes von der Zustimmung des Nacherben abhängig macht. Diese rechtliche Möglichkeit ergibt sich aber ohnedies bereits aus § 185 BGB. Der Zweck des § 10 ErbbauVO, die Beleihbarkeit des Erbbaurechtes zu sichern, erfordert den Ausschluß der Bestellung des Erbbaurechtes durch einen befreiten Vorerben nicht. Ob es sich um eine gegenüber dem Nacherben wirksame entgeltliche Verfügung handelt, läßt sich anhand der Vereinbarung über den Erbbauzins regelmäßig leicht feststellen.

Die weitere Beschwerde ist jedoch im wesentlichen unbegründet, soweit die Zwischenverfügung den Antrag auf Löschung der Eigentümergrundschulden in Abt. III Nr. 13 und 14 betrifft. Insoweit geht das Landgericht zu Recht davon aus, daß es sich um eine Verfügung handelt, die von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB erfaßt wird. Da mit der Löschung der eingetragenen Grundpfandrechte insoweit auch der Nacherbenvermerk erlischt, ist, soweit die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB reicht, die Zustimmung der Nacherben erforderlich (vgl. *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 3. Aufl., § 27, Rdnr. 11; *Meikel/Böttcher*, GBO, 8. Aufl., § 27 Rdnr. 84).

Jedoch hat das Landgericht die inhaltliche Vollständigkeit der Zwischenverfügung nicht geprüft. Die Zwischenverfügung muß sämtliche Mittel oder Wege der Beseitigung des Hindernisses aufzeigen (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, aaO, § 18, Rdnr. 54). Unter diesem Gesichtspunkt ist unberücksichtigt geblieben, daß die Beteiligte zu 1) befreite Vorerbin ist, die Verfügungsbeschränkung im Falle der Entgeltlichkeit der Verfügung also nicht eingreift. Die Entgeltlichkeit der Aufhebung der beiden Eigentümergrundschulden ist auf der Grundlage der bisher eingereichten Eintragungsunterlagen nicht offenkundig (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO). Hinsichtlich des Grundstückes lfd. Nr. 48 des Bestandsverzeichnisses könnte sich die Entgeltlichkeit der Verfügung zwar aus einem Zusammenhang mit dem an erster Rangstelle zu stellenden Erbbaurecht ergeben. Jedoch hat die Beteiligte zu 1) insoweit nicht etwa lediglich die Pfandentlastung dieses Grundstückes beantragt, sondern die Löschung der Gesamtgrundschuld an allen belasteten Grundstücken. Insoweit war der Beteiligten zu 1) durch eine Ergänzung der Zwischenverfügung, die der Senat selbst vornehmen kann, die Möglichkeit zur Behebung des Hindernisses auch durch den Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung zu eröffnen.

13. BGB § 1365 Abs. 1 (*Zum Umfang der Zustimmungspflichtigkeit eines Gesamtvermögensgeschäfts nach § 1365 BGB*)

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

BGH, Beschluß vom 12.1.1989 — V ZB 1/88 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

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

Die Beteiligte zu 1 verkaufte dem Beteiligten zu 2 durch notariellen Vertrag vom 21.5.1984 zwei ihr gehörende Grundstücke für 700.000 DM. Im Vertrag versicherte sie, damit nicht über ihr gesamtes oder nahezu gesamtes Vermögen zu verfügen. Zugleich wurde die Auflassung erklärt. Sodann beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 Eigentumsumschreibung. Diesen Anträgen widersprach der Beteiligte zu 3 in einem Schreiben an das Grundbuchamt mit der Begründung, die verkauften Grundstücke stellten den größten Vermögensteil seiner Ehefrau dar.

Das Amtsgericht hat die Anträge auf Eigentumsumschreibung zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht die Eintragung der Auflassung angeordnet. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3.

In der Zwischenzeit, am 29.9.1987, ist der Beteiligte zu 2 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden.

Das BayObLG möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich daran aber durch den Beschluß des OLG Saarbrücken vom 15.3.1984 — 5 W 39/84 (Rpfleger 1984, 265 = FamRZ 1984, 587) gehindert. Es hat deshalb die Sache durch Beschluß vom 10.12.1987 (= BayObLGZ 1987, 431 = FamRZ 1988, 503 = NJW 1988, 1752 Ls.) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

Die Vorlage ist statthaft. (*Wird ausgeführt.*)

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO).

a) Der Beteiligte zu 3 kann allerdings nicht mehr Zurückweisung des inzwischen vollzogenen Antrages auf Eigentumsumschreibung verlangen, weil sich auf diese Eintragung der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erstreckt (§ 892 BGB). Mit der weiteren Beschwerde kann jedoch gemäß § 80 Abs. 3, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO die Anordnung eines Amtswiderspruchs gegen die Eintragung begehrt werden (RGZ 70, 234, 236; KG JFG 3, 264, 265; DNotZ 1972, 176, 178; BayObLG Rpfleger 1980, 64, 65). In diesem Sinne ist der Rechtsmittelantrag auszulegen.

b) Der Beteiligte zu 3 ist beschwerdeberechtigt. Er ist nach § 1368 BGB befugt, einen Grundbuchberichtigungsanspruch der Beteiligten zu 1 aus § 894 BGB im eigenen Namen gegen den Beteiligten zu 2 geltend zu machen (BGH Urz. v. 23.6.1983, IX ZR 47/82, NJW 1984, 609, 610). Folgerichtig wäre er deshalb auch als Berechtigter des Amtswiderspruchs einzutragen, wie das vorlegende Gericht zutreffend annimmt (so auch OLG Hamm Rpfleger 1959, 349, 351).

2. Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Der angefochtene Beschluß des Landgerichts läßt keine Gesetzesverletzung erkennen (§ 78 Satz 2 GBO, § 550 ZPO). Die Übereignung der Grundstücke bedurfte nicht der Zustimmung des Beteiligten zu 3 nach § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der Senat teilt die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts, daß nach § 1365 Abs. 1 BGB das Erfüllungsgeschäft

keiner Zustimmung des Ehegatten bedarf, wenn sie für das vorausgegangene Verpflichtungsgeschäft nicht erforderlich war. Das entspricht auch der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht (*Tiedtke FamRZ 1975, 65 ff.* und *JZ 1984, 1018, 1019*; *Erman/Heckelmann, BGB 7. Aufl. § 1365 Rdnr. 7*; *MünchKommBGB/Gernhuber 2. Aufl. § 1365 Rdnr. 33*; *Staudinger/Thiele, BGB 12. Aufl. § 1365 Rdnr. 24 und 93*; *Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 8. Aufl. Rdnr. 3364*; *KEHE/Erll, Grundbuchrecht 3. Aufl. § 19 Rdnr. 142*). Die Gegenmeinung (*OLG Saarbrücken Rpfleger 1984, 265*; *OLG Frankfurt DNotZ 1986, 506, 507*; *LG Oldenburg NJW 1980, 790*; *Soergel/Lange, BGB 11. Aufl. § 1365 Rdnr. 13*; *Palandt/Diederichsen, BGB 48. Aufl. § 1365 Anm. 2 b*) überzeugt nicht.

a) Im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig (§ 1364 BGB). Von diesem Grundsatz macht § 1365 Abs. 1 BGB eine Ausnahme. Hiernach kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Das gilt auch, wenn sich das Rechtsgeschäft lediglich auf einzelne Vermögensgegenstände erstreckt, diese aber nahezu das ganze Vermögen bilden (st. Rechtspr. seit *BGHZ 35, 135, 143*). Voraussetzung ist dann jedoch, daß der Vertragspartner dies weiß (*BGHZ 43, 174, 177*; *64, 246, 247*; *77, 293, 295* [= *MittBayNot 1980, 164* = *DNotZ 1981, 43*]). Wie der Senat dazu in *BGZ 43, 174, 177* ausgeführt hat, ist diese Einschränkung durch das ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmal positiver Kenntnis geboten, um den zu weit gezogenen Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB in Grenzen zu halten und dem Grundsatz des § 1364 BGB Geltung zu verschaffen. Dabei hat der Senat darauf hingewiesen, daß bei einem nur einzelne Vermögensgegenstände betreffenden Geschäft der Familienschutz keinen Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs haben kann, weil sich in § 1364 BGB der Gesetzgeber im Prinzip für die Verfügungsfreiheit jedes Ehegatten entschieden hat.

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

Daher kann § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht losgelöst von § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB gesehen werden. Satz 1 verlangt für das Verpflichtungsgeschäft die Zustimmung des anderen Ehegatten. Satz 2 sichert dieses Erfordernis und durchbricht

zu diesem Zweck die aus dem Grundsatz der Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft (Abstraktionsprinzip) folgende Regel, daß Mängel des Grundgeschäftes nicht die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts berühren. Durch die Ausdehnung der mangels Zustimmung bestehenden Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts auf das mit dem gleichen Mangel behaftete Erfüllungsgeschäft ermöglicht das Gesetz dingliche Rückgewähransprüche statt des sonst nur gegebenen Bereicherungsanspruchs. Der Sicherungszweck entfällt jedoch, wenn der schuldrechtliche Vertrag keiner Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. Dann ist dieser Vertrag wirksam. Damit hat der Vertragspartner Anspruch auf Erfüllung. Er muß folgerichtig den Anspruch auch durchsetzen können.

Die gegenteilige Auffassung, wonach die Kenntnis des Vertragspartners im Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts maßgeblich sein soll, würde zu Ergebnissen führen, die entweder mit dem Zweck des § 1365 Abs. 1 BGB oder mit allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen unvereinbar wären. Könnte der andere Ehegatte infolge der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Kenntnis die Zustimmung zum Erfüllungsgeschäft nach § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB verweigern, so wäre der vertragschließende Ehegatte nicht in der Lage, die wirksam eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Er wäre deshalb nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen einem Schadensersatzanspruch des Vertragspartners wegen Nichterfüllung ausgesetzt (hier nach § 440 Abs. 1, § 325 Abs. 1 BGB). Dies würde indessen den Sinn des § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB verfehlen, weil ein Schadensersatzanspruch die wirtschaftliche Grundlage der Ehe genauso beeinträchtigen könnte wie der Erfüllungsanspruch, eine solche Auswirkung aber das Recht des anderen Ehegatten zur Verweigerung der Zustimmung unterlaufen würde (*Tiedtke FamRZ 1975, 65, 67 ff.*). Müßte jedoch aus diesem Grunde dem Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch versagt werden, so hätte dies den ersatzlosen Einzug eines wirksam begründeten Anspruchs zur Folge. Das widerspräche schuldrechtlichen Grundsätzen und den dargelegten schutzwürdigen Belangen des Rechtsverkehrs (vgl. dazu *Tiedtke FamRZ 1975, 65, 69*; *MünchKommBGB/Gernhuber 2. Aufl. § 1365 Rdnr. 33*). Auch im Blick auf ein derartiges Ergebnis rechtfertigt sich daher die Auslegung, daß das Erfüllungsgeschäft nur dann der Zustimmung bedarf, wenn das Verpflichtungsgeschäft mangels einer dazu erforderlichen Zustimmung unwirksam ist.

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

c) Demnach hat das Landgericht in dem angefochteten Beschluß das Grundbuchamt zu Recht angewiesen, die Auflassung der Grundstücke auf den Beteiligten zu 2 einzutragen. Die weitere Beschwerde ist daher zurückzuweisen.

14. BGB §§ 242, 1353 (*Isolierter Ausgleich einer einzelnen unbenannten Zuwendung unter Ehegatten nach Vereinbarung der Gütertrennung*)

**Zur Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach dem Scheitern der Ehe, wenn ein Ehegatte dem anderen nach Vereinbarung der Gütertrennung mehrmals Vermögensgegenstände zugewendet hat.**

BGH, Urteil vom 15.2.1989 — IVb ZR 105/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien schlossen am 18.7.1959 die Ehe. Am 12.1.1962 vereinbarten sie Gütertrennung und glichen den bis dahin erzielten Zugewinn aus. Seit November 1979 lebten sie getrennt. Seit Februar 1985 ist ihre Ehe geschieden.

Während der Ehe erwarben die Parteien im Jahre 1974 je zur Hälfte das Eigentum an einem Eckgrundstück an der F.W. Straße in D. und ließen es mit einem Gebäudekomplex bebauen, in dem sich 35 Appartements, eine Wohnung, zwei gewerbliche Einheiten und 19 Einstellplätze für Kraftwagen befinden. Die Herstellungskosten in Höhe von 3,8 Mio. DM finanzierte der Beklagte, der das Objekt auch verwaltet, teils mit Krediten, teils mit Erträgen aus seinem Unternehmen der Fotobranche, das er als Ladengeschäft von seinem Vater übernommen und im Laufe der Ehe erheblich erweitert hatte, sowie aus dem Verkauf einer Kopieranstalt, die er in der Ehezeit aufgebaut hatte.

Die Klägerin, der seit 1981 steuerliche Einkünfte aus der Vermietung des Objektes zugewiesen werden, hat im Wege der Stufenklage Rechnungslegung über alle Einnahmen und Ausgaben für die Jahre 1981 bis 1984 begehrt. Diesem Antrag hat das Landgericht stattgegeben. Die dagegen eingelegte Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen; insoweit hat der Senat die Revision des Beklagten nicht zur Entscheidung angenommen.

Widerklagend hat der Beklagte die Verurteilung der Klägerin zur Auflassung ihres Miteigentumsanteils an dem bezeichneten Grundstück an ihn begehrt, Zug um Zug gegen Freistellung von dinglichen Belastungen sowie persönlichen Verbindlichkeiten der Klägerin; hilfsweise hat er beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 1.498.000 DM nebst Zinsen an ihn zu verurteilen. Er hat geltend gemacht, den Miteigentumsanteil habe sie aufgrund haftungs- und steuerrechtlicher Überlegungen im Rahmen einer familienrechtlichen unbenannten Zuwendung erhalten. Nach dem Scheitern der Ehe, das die Parteien seinerzeit nicht bedacht hätten, sei sie zur Übertragung ihres Eigentumsanteils an ihn, hilfsweise zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet, weil das Objekt ausschließlich mit Mitteln erstellt worden sei, die er mit seinen Unternehmen erwirtschaftet habe. Die Klägerin hat sich darauf berufen, die Vermögensübertragung habe ihr einen dauerhaften güterrechtlichen Ausgleich und eine dem ehelichen Lebensstandard entsprechende Alterssicherung verschaffen sollen; auch habe damit ihre Mithilfe im Geschäft des Beklagten honoriert werden sollen.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Seine Revision hat der Senat nur angenommen, soweit sie sich gegen die Abweisung des Hilfsantrages der Widerklage richtet. In diesem Umfang führte die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

#### *Aus den Gründen:*

I. Da der Senat die Annahme der Revision des Beklagten zum Hauptantrag der Widerklage abgelehnt hat, steht rechtskräftig fest, daß der Beklagte die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils der Klägerin an dem Eckgrundstück F.W. Straße in D. nicht verlangen kann.

II. 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin den hälftigen Miteigentumsanteil an dem in Rede stehenden Grundstück — als unbenannte Zuwendung — vom Beklagten erhalten habe, auch wenn dieser nicht Voreigentümer des noch unbebauten Grundstücks gewesen sei;

es reiche aus, daß er alle Mittel für den Erwerb und die nachfolgende Bebauung aufgebracht habe. Durch das Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage entfallen, selbst wenn eines der Motive für die Zuwendung in einer Alterssicherung der Klägerin bestanden habe. Da dem Beklagten die Beibehaltung der durch die Zuwendung geschaffenen Vermögensverhältnisse nicht zuzumuten sei, könne er grundsätzlich einen Ausgleich in Geld beanspruchen. Die Unzumutbarkeit folge aus den zu berücksichtigenden besonderen Umständen, insbesondere der Dauer der Ehe, dem Alter der Parteien, aus Art und Umfang der erbrachten Leistung, der Höhe der Vermögensvermehrung sowie den beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Dazu hat das Berufungsgericht festgestellt, die im Jahre 1933 geborene Klägerin halte nicht nur den hälftigen Miteigentumsanteil an dem in Rede stehenden Objekt, dessen Wert insgesamt etwa 3,8 Mio. DM bei einer Belastung von nur noch 600.000 DM betrage; sie habe in der bis zur Trennung etwa 20 Jahre währenden Ehe außerdem das Alleineigentum an dem Grundstück in H. erworben, das mit dem ehemaligen Familieneigenheim bebaut worden sei, und das nach ihren Angaben einen Verkehrswert von 450.000 DM, nach der Schätzung des Beklagten einen solchen von 800.000 DM habe; dazu verfüge sie über luxuriösen Hausrat und wertvolle Kunstgegenstände; schließlich habe sie einen titulierten Unterhaltsanspruch über monatlich 4.454 DM gegen den im Jahre 1932 geborenen Beklagten. Dieser sei zwar noch Alleineigentümer eines weiteren, dem Streitobjekt mindestens vergleichbaren Häuserkomplexes in der V. Straße in D., der aber erheblich höher belastet sei; außerdem verfüge er über ein aufwendiges Ferienobjekt in der Schweiz; schließlich erziele er Einkünfte als Inhaber eines Fotogeschäftes mit ca. 40 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von 7 bis 8 Mio. DM.

Gleichwohl hat das Berufungsgericht auch den Hilfsantrag abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte mache mit dem Anspruch auf Zahlung 1.498.000 DM erkennbar den hälftigen Wert des in Rede stehenden Objektes geltend. Eine solche isolierte Forderung sei nicht zulässig. Ein Ausgleichsanspruch setze zwingend eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung sämtlicher Vermögenswerte der Parteien voraus; nur dann könne ein abschließender angemessener Ausgleich gefunden werden. Die Widerklage sei aber auch dann unbegründet, wenn der Beklagte den geltend gemachten als abschließenden Gesamtausgleichsanspruch verstanden wissen wolle. Denn dann handle er in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten und damit rechtsmißbräuchlich, weil er nicht bereit sei, der Klägerin die genannten anderen Vermögensbestandteile zu belasten. Das ergebe sich daraus, daß er im August 1980 gegen die Klägerin beim Landgericht H. Klage auf Übereignung des mit dem Familienwohnheim bebauten Grundstücks, hilfsweise auf Zahlung von 860.000 DM erhoben habe und vor dem gleichen Gericht in einem anderen Verfahren auch die Herausgabe von Kunstwerken von ihr verlange; außerdem wolle er im Rahmen des noch vor dem Familiengericht W. anhängigen Hausratsverfahrens die Zuteilung des wertvollen Hausrates an sich erreichen. Alle Verfahren seien noch rechtshängig; der Beklagte sei nicht bereit, seine Anträge in jenen Verfahren zurückzunehmen. Das hindere die erforderliche Gesamtabwägung.

2. Diese Beurteilung hält der Revision nicht in vollem Umfang stand.

a) Unbedenklich ist allerdings, daß das Berufungsgericht eine ehebedingte unbenannte Zuwendung des Beklagten an die Klägerin darin gesehen hat, daß er ihr beim Erwerb des Eckgrundstückes F/W. in D. einen hälftigen Miteigentumsanteil verschaffte, obwohl sie mit eigenen Mitteln zum Erwerb und zur nachfolgenden Bebauung des Grundstücks nicht beitrug. Eine Zuwendung in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Zuwendende den Erwerb eines Vermögensgegenstandes von einem Dritten und die spätere Wertsteigerung des Objektes (z. B. wie hier durch Bebauung des erworbenen Grundstücks) finanziert hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Zuwendung gerade der Schaffung eines Familienwohnheimes diene; ausreichend sind auch andere Beweggründe wie der Einsatz von Kapital zur Alterssicherung oder Vermögensbildung in der Hand des begünstigten Ehegatten, wie dies häufig geschieht, wenn Ehegatten Gütertrennung vereinbaren, aber nur einer von ihnen durch laufende Einkünfte zur Vermögensbildung in der Lage ist. Wesentliches Merkmal einer unbenannten Zuwendung ist regelmäßig nur, daß die Leistungen des einen Ehegatten an den anderen nicht auf einem bestimmten schuldrechtlichen Grund (z. B. Gesellschaft, Darlehen, Schenkung, Auftrag oder ähnlichem) beruhen, sondern der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu dienen bestimmt sind. Derartige Zuwendungen können bei Scheitern der Ehe nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) zu Ausgleichsansprüchen führen, wenn einem Ehegatten die Beibehaltung der durch seine Zuwendung an den anderen herbeigeführten Vermögensverhältnisse nicht zuzumuten ist (vgl. BGHZ 82, 227, 230; 84, 361, 364 ff. [= DNotZ 1983, 180]; Senatsurteile vom 4.11.1987 — IVb ZR 100/86 — FamRZ 1988, 481, 482 und vom 27.1.1988 — IVb ZR 82/86 — BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 9 — FamRZ 1988, 482, 485 [= MittBayNot 1988, 181]).

Den bisherigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht mit Recht entnommen, daß eine (dingliche) Übertragung oder Rückgewähr des zugewendeten Gegenstandes nur unter besonderen, hier nicht gegebenen Voraussetzungen verlangt werden kann, in der Regel dagegen — wie auch im vorliegenden Fall — lediglich ein Ausgleich in Geld in Betracht kommt. Schließlich trifft es zu, daß die Höhe eines solchen Ausgleichanspruches von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt. Dazu ist eine Gesamtwürdigung anzustellen, die Beurteilungselemente aus Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zu berücksichtigen hat: Die Dauer der Ehe jedenfalls bis zu einer Trennung, das Alter der Parteien im Zeitpunkt der Scheidung, die Art und den Umfang der vom begünstigten Ehegatten innerhalb seines zwischen den Ehegatten einvernehmlich (§ 1356 BGB) gestalteten Aufgabenbereichs erbrachten Leistungen, wozu die Erziehung und Pflege von Kindern und die Führung des Hauswesens ebenso zählt wie eine Mitarbeit im Unternehmen des anderen Ehegatten; der Einsatz eigener nicht zurückzugewählender Vermögenswerte; die Höhe der eingetretenen und noch vorhandenen Vermögensmehrung; die weiteren Aussichten auf Einkünfte aus künftiger Erwerbstätigkeit oder aus Vermögen, wobei gesundheitliche Belastungen ebenso wie Risiken aus der Art der Vermögensanlagen einzubeziehen sind.

b) Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin gefolgt werden, die notwendige Abwägung aller Umstände lasse es nicht zu, einen Ausgleichsanspruch isoliert für die Zuwendung eines bestimmten Vermögensgegenstandes zu erheben, so daß der Beklagte darauf verwiesen sei, einen einheit-

lichen Rechtsstreit gegen die Klägerin zu führen, in dem alle von ihm gegenwärtig in verschiedenen Verfahren herausverlangten Vermögensgegenstände zusammengefaßt werden müßten und in dem erst dann über einen einheitlichen und abschließenden Ausgleichsanspruch entschieden werden könne.

Hierfür besteht keine Rechtsgrundlage. Das Gesetz kennt eine (einzige) Ausgleichsforderung zwischen Ehegatten aufgrund einer umfassenden Vermögensübersicht zu einem bestimmten Stichtag nur im gesetzlichen Güterstand (§ 1372, 1378 BGB). Haben Ehegatten dagegen Gütertrennung vereinbart, kann sich ein Ausgleichsanspruch grundsätzlich nur auf die Zuwendung eines konkreten Vermögensgegenstandes oder eines bestimmten Rechtes beziehen. Das gilt unabhängig davon, ob der Rechtserwerb auf der Grundlage einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung oder als ehebedingte unbenannte Zuwendung erfolgt ist. An dieser Rechtslage ändert sich nichts dadurch, daß ein Ehegatte dem anderen nicht nur einmal, sondern wiederholt Zuwendungen gemacht hat. Mehrere unbenannte Zuwendungen an einen Ehegatten werden durch ihre jeweils gleiche Zweckrichtung nicht zu einer Gesamtleistung, die beim Scheitern der Ehe nur einheitlich ausgeglichen werden könnte. Dem stände häufig — wie auch im vorliegenden Fall — zusätzlich die verfahrensrechtliche Schwierigkeit entgegen, daß nur für Familiensachen, zu denen die Regelung der Rechtsverhältnisse am Hausrat oder die Gestaltung der nachehelichen Unterhaltsansprüche zählen, das Familiengericht ausschließlich zuständig ist (§ 621 Abs. 1 ZPO). Im Regelfall wird es daher nötig sein, einen Ausgleich für eine bestimmte ehebedingte Zuwendung losgelöst von anderen Vermögensbewegungen zwischen den Ehegatten geltend zu machen.

Die Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Ausgleich für eine Zuwendung zu leisten ist, kann indessen — wie ausgeführt — davon abhängen, über welche Vermögensbestandteile der in Anspruch genommene Ehegatte künftig weiterhin verfügt. Hat er auch weiteres Vermögen durch Zuwendungen seines Ehegatten erlangt, entsteht eine schwer lösbare Lage, solange nicht sicher ist, was ihm davon verbleibt. Diese Ungewißheit wird jedoch nicht dadurch behoben, daß der den Ausgleich Fordernde in anderen bereits rechtshängigen Verfahren, die die Regelung anderer vermögensrechtlicher Streitigkeiten der Eheleute betreffen, die Klage zurücknimmt; denn er wäre nicht gehindert, sie nach Abschluß des vorliegenden Verfahrens erneut zu erheben. Die Verfahrenslage wäre dann nicht wesentlich anders, als wenn ein Ehegatte nach Erledigung eines (ersten) Ausgleichsverlangens erstmals mit einem weiteren Ausgleichsanspruch wegen einer anderen Zuwendung hervortritt. Dies kann ihm auch nicht von vornherein verwehrt sein; denn wie es ihm freisteht, ob er eine unbenannte Zuwendung nach dem Scheitern der Ehe überhaupt herausverlangt oder hierfür einen Ausgleich in Geld begehrt, so kann er im Falle mehrfacher Zuwendungen auch entscheiden, ob er nur für einzelne oder für alle die Rückgewähr oder einen Ausgleich verlangen will.

Bei der Bemessung eines Ausgleiches für eine ehebedingte unbenannte Zuwendung muß daher zunächst gefragt werden, ob im konkreten Fall anderweitigem Vermögen des auf Ausgleich in Anspruch genommenen Ehegatten Bedeutung zukommt. Soweit das der Fall ist, muß geprüft werden, ob dessen vermögensrechtliche Zuordnung streitig ist oder werden kann. In diesem Fall kommt es grundsätzlich darauf an, ob und inwieweit die fraglichen Vermögensteile dem in

Anspruch genommenen Ehegatten im Verhältnis zu dem anderen materiellrechtlich zustehen und ob er mit Ausgleichsansprüchen belastet ist. Jedoch kann der den Ausgleich fordernde Ehegatte bestehende Zweifel dadurch beheben, daß er durch Vertrag (etwa einen Verzicht) den vermögensrechtlichen Status quo des anderen (geschiedenen) Ehegatten insoweit anerkennt.

Das angefochtene Urteil kann danach mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

3. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Es bedarf vielmehr einer vom Berufungsgericht bisher — aufgrund anderer Rechtsauffassung folgerichtig — unterlassenen tatrichterlichen Würdigung der für eine Ausgleichsleistung wesentlichen Umstände. Für die neue Verhandlung sind dazu folgende Hinweise veranlaßt.

Ausgangspunkt der Beurteilung ist die vermögensrechtliche Zuordnung, die die Parteien auf der Grundlage der vereinbarten Gütertrennung dem seither in der Ehe eingetretenen Güterzuwachs gegeben haben. Der Beklagte, der den dadurch eingetretenen Vermögensstand nach dem Scheitern der Ehe hinsichtlich der hier in Rede stehenden Miteigentumshälfte unter Billigkeit Gesichtspunkten für ausgleichsbedürftig hält und deshalb einen Zahlungsanspruch gegen die Klägerin erhoben hat, muß alle Umstände vortragen, aus denen sich ergibt, daß ihm die Beibehaltung der insoweit geschaffenen Vermögensverhältnisse nicht zuzumuten ist. Dabei muß er berücksichtigen, daß auch im Falle der Gütertrennung eine angemessene Beteiligung beider Ehegatten an dem gemeinsam Erarbeiteten dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft als einer Schicksals- und damit auch Risikogemeinschaft entspricht (vgl. BGHZ 84, 361, 368). Verlangt er, wie hier, als Ausgleich den vollen gegenwärtigen Wert des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Eckgrundstück F./W. Straße, wird er daher in besonderem Maße darzulegen haben, in welcher Weise der Klägerin gleichwohl eine Beteiligung an den während der Ehe gemeinsam erarbeiteten Vermögenswerten erhalten bleibt. Soweit in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, daß die Parteien dem Vermögen der Klägerin noch andere Gegenstände zugeordnet haben, wird der Beklagte dies nur unter der Voraussetzung geltend machen dürfen, daß er den Bestand dieser Zuordnung nicht bekämpft. Denn mit seinem eigenen Verhalten darf er sich nicht in Widerspruch setzen (§ 242 BGB). Gibt der Beklagte die — in anderen Verfahren — erhobenen Ansprüche auf weitere Vermögensgegenstände, die sich im Eigentum oder Besitz der Klägerin befinden, nicht in verbindlicher Weise auf, wird davon ausgegangen werden müssen, daß der Bestand dieser Zuordnung nicht gesichert ist. Der Tatrichter wird dann zu prüfen haben, ob und inwieweit den anderweitig noch streitigen Vermögensposten Bedeutung für den hier geltend gemachten Anspruch zukommt. Das wird in erster Linie für das mit dem früheren Familienwohnheim bebaute Grundstück der Fall sein, weniger hingegen für Hausrat und Kunstgegenstände. Für die als bedeutsam angesehenen Vermögensbestandteile muß sodann beurteilt werden, ob der Klägerin ihre Rechte erhalten bleiben oder ob sie mit Rückgabepflichten oder mit Belastungen durch Ausgleichszahlungen zu rechnen hat. (Nur) soweit hierzu ausreichend sichere Feststellungen nicht getroffen werden können, ist zu Lasten des Beklagten zu entscheiden, der für die Umstände, aus denen sich die Unzumutbarkeit der gegenwärtigen Vermögenslage ergibt, die Beweislast trägt.

15. BGB § 119 Abs. 2, § 1954 Abs. 1, § 2278 (*Anfechtung der Erbschaftsannahme bei Unklarheit der Belastung des Nachlasses mit wesentlichen Verbindlichkeiten*)

**Die Verbindung von Erbverzicht und einem Vermächtnis zugunsten des Verzichtenden in einem und demselben notariellen Vertrag spricht für einen (kausalen) Zusammenhang zwischen beidem und damit für ein vertragsmäßiges Vermächtnis.**

**Die Annahme einer Erbschaft kann wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache „Nachlaß“ anfechtbar sein, wenn es um die Belastung des Nachlasses mit wesentlichen Verbindlichkeiten geht, deren Bestand ungeklärt ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Irrtum ein Vermächtnis betrifft, das den Nachlaß derart belastet, daß der Pflichtteil des Erben gefährdet wäre.**

(Auszug aus den amtlichen Leitsätzen)

BGH, Urteil vom 8.2.1989 — IVa ZR 98/87 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der am 13.8.1983 verstorbene Ehemann der Klägerin und Vater der Beklagten (Erblasser) hinterließ ein Hausgrundstück in O. Aufgrund Erbvertrages des Erblassers mit der Beklagten vom 17.9.1980 wurde er von dieser allein beerbt. Nach dem Erbfall ließ sie sich als Eigentümerin im Grundbuch eintragen. Die Klägerin beansprucht das Grundstück für sich und stützt sich dabei auf ihren notariellen Vertrag mit dem Erblasser vom 18.4.1951, in dem dieser ihr das Grundstück „unentgeltlich zu Alleineigentum vermacht“ hatte. Die Beklagte hält dem entgegen, bei dem Vermächtnis handele es sich nicht um eine vertragsmäßige, sondern um eine einseitige Verfügung des Erblassers, die dieser in dem Erbvertrag vom 17.9.1980 wirksam widerrufen habe. Dort hatte der Erblasser erklärt, er habe in dem Erbvertrag von 1951 „erst keine Bindung eingehen und Herr seines Vermögens bleiben wollen, und zwar so, daß er immer noch frei unter Lebenden habe verfügen können“. Überdies beruft sich die Beklagte auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 2083 BGB. Der Klägerin hätte nämlich der Pflichtteil entzogen werden können, weil sie den Erblasser grausam mißhandelt und ihn auch daran gehindert habe, sich mit einem Notar zu beraten.

Inzwischen hat die Beklagte in öffentlich beglaubigter Erklärung vom 21.12.1984 „die Versäumung der Ausschlagungsfrist“ gegenüber dem Nachlaßgericht angefochten und die Erbschaft ausgeschlagen. Landgericht und Oberlandesgericht halten die Klage, mit der die Klägerin die Übereignung des Grundstücks auf sich begehrt, für begründet. Die Revision der Beklagten führte zur Abweisung der Klage.

*Aus den Gründen:*

I. Unbegründet ist die Klage entgegen der Auffassung der Revision allerdings nicht schon deshalb, weil der Erblasser die Zuwendung des Grundstücks an die Klägerin in dem Vertrag von 1951 durch seine spätere Verfügung von Todes wegen vom 17.9.1980 aufgehoben hätte oder weil die Zuwendung sonst unwirksam wäre.

1. Mit Recht sieht das Berufungsgericht den Vertrag des Erblassers mit der Klägerin vom 18.4.1951 als Erbvertrag und die darin ausgesprochene Zuwendung des Grundstücks an die Klägerin als vertragsmäßiges Vermächtnis und nicht als Erbeinsetzung an. Dabei ist das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend ausführt, zwar nicht näher darauf eingegangen, daß der Erblasser in dem späteren Erbvertrag von 1980 angegeben hat, er habe in dem Erbvertrag von 1951 „(zu-)erst keine Bindung eingehen und Herr seines Vermögens bleiben wollen“. Das ist aber unschädlich. Denn diese nachträgliche und einseitige Erklärung des Erblassers bietet für die Auslegung in dem von der Beklagten gewünschten Sinne keinerlei Hilfe. Maßgebend für die Auslegung eines Vertrages — auch eines Erbvertrages — ist

das, was die Vertragsteile erklärt haben und wie das Erklärte aus der Sicht des anderen Teiles zu verstehen war (§ 157 BGB). Was der Erblasser — einseitig — gewollt (und nicht auch geäußert) hat, fällt dagegen, solange es dem anderen Teil verborgen bleibt, bei der Auslegung hier nicht ins Gewicht.

Daß es sich bei dem Grundstücksvermächtnis um eine vertragsmäßige Verfügung (§ 2278 BGB) und nicht nur um eine einseitige Verfügung von Todes wegen (§ 2299 Abs. 1 BGB) handelt, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Soweit in einem notariellen Vertrag einer Person etwas durch Verfügung von Todes wegen zugewendet wird, die an dem Vertrag selbst beteiligt ist, ist die Annahme einer vertragsmäßigen Zuwendung besonders nahegelegt (BGHZ 26, 204, 208; vgl. auch BGHZ 36, 115, 120). Daß der Vertrag zugleich einen gegenseitigen Erbverzicht enthält, steht dem nicht entgegen. Vielmehr spricht die Verbindung von Erbverzicht und Zuwendung an die Klägerin in einem und demselben notariellen Vertrag umgekehrt für einen Zusammenhang zwischen dem Vermächtnis zugunsten der Klägerin und ihrem Verzicht auf jedes weitere Erbrecht nach dem zwanzig Jahre älteren Erblasser und damit ebenfalls für ein vertragsmäßiges Vermächtnis.

2. Das hat zur Folge, daß der Erblasser das Vermächtnis zugunsten der Klägerin nicht einseitig, nämlich ohne deren förmliche Zustimmung (§§ 2290 ff. BGB) aufheben konnte. Die entsprechende einseitige Verfügung von Todes wegen des Erblassers in dem Erbvertrag von 1980 ist vielmehr gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB ihrerseits unwirksam.

3. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Erblasser von dem Vermächtnis auch nicht wirksam zurückgetreten (§§ 2294, 2335 Nr. 2 BGB). Soweit die Revision den Erbvertrag vom 17.9.1980 zugleich als eine Rücktrittserklärung ansehen will, kann sie damit schon deshalb keinen Erfolg haben, weil diese Erklärung entgegen § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht der Klägerin gegenüber erfolgt und ihr auch, wie diese mit Recht betont, bei Lebzeiten des Erblassers weder zugewandt noch auch nur im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB abgegeben worden ist (RGZ 65, 270, 274; vgl. BGHZ 48, 374, 379 f.).

4. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Klage auch nicht an § 2083 BGB scheitern lassen. Nach dieser Vorschrift kann der Erbe die Erfüllung eines anfechtbaren Vermächtnisses auch dann verweigern, wenn er die Anfechtungsfrist des § 2082 BGB versäumt hat. Darauf kann die Beklagte sich schon deshalb nicht stützen, weil die — nicht erklärte — Anfechtung hier nicht „nach § 2082 BGB ausgeschlossen“ ist. Ein solcher Fall liegt nicht vor, weil nicht die Beklagte die Anfechtungsfrist hat verstreichen lassen, sondern weil bereits der Erblasser innerhalb der Frist des § 2283 BGB nicht angefochten hat (§ 2281 BGB) und der Beklagten schon deshalb gemäß § 2285 BGB kein Anfechtungsrecht zustehen konnte.

Die Voraussetzungen der Vermächtnisunwürdigkeit gemäß § 2345 Abs. 1, § 2339 Abs. 1 BGB und eines daraus folgenden Leistungsverweigerungsrechts entsprechend § 2083 BGB hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

II. Jedoch richtet sich der Vermächtnisanspruch der Klägerin nicht (mehr) gegen die Beklagte, nachdem diese die Erbschaft ausgeschlagen hat. Das hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt.

1. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe die Erbschaft am 21.12.1984 rechtzeitig ausgeschlagen, weil sie die in § 1944 BGB (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorausgesetzte Kenntnis erst seit einem Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 11.12.1984 gehabt habe. Bei dieser Überlegung ist nicht berücksichtigt, daß die Beklagte die Erbschaft spätestens durch ihr Prozeßverhalten angenommen hat. Eine schlichte Ausschlagung der Erbschaft war daher nicht ausreichend (§ 1943 Fall 1 BGB). Die von der Beklagten ausdrücklich erklärte Anfechtung der „Versäumung der Ausschlagungsfrist“ (§ 1956 BGB) genügt ebenso wenig. Vielmehr bedurfte es einer Anfechtung der Annahme (§§ 1954, 1955 BGB). Wie den Umständen, insbesondere dem erstinstanzlichen Schriftsatz der Beklagten vom 26.11.1984 einwandfrei zu entnehmen ist, war die Anfechtung der (etwaigen) Annahme der Erbschaft in der Erklärung der Beklagten vom 21.12.1984 jedoch mit gemeint. Die Anfechtung war gemäß § 119 Abs. 2 BGB begründet. Wie dem Zusammenhang der Urteilsgründe (noch) zu entnehmen ist, will das Berufungsgericht der Beklagten darin folgen, daß sie sich — bis zu dem angeführten Hinweis des Landgerichts — auf den Erbvertrag von 1980 und darauf verlassen (und geglaubt) habe, daß das Vermächtnis zugunsten der Klägerin keinen Bestand habe. Das ist rechtlich einwandfrei und begründet einen Eigenschaftsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB in Bezug auf die Erbschaft. Eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB (vgl. RGZ 158, 50; BGH Urteil vom 21.2.1952 — IV ZR 103/51 — LM BGB § 779 Nr. 2) wird weithin bejaht, wenn es sich um die Überschuldung des Nachlasses handelt. Eine solche kann aber auch dann anzunehmen sein, wenn es um die Belastung des Nachlasses mit wesentlichen Verbindlichkeiten geht, deren rechtlicher Bestand ungeklärt ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn — wie hier — der Irrtum ein Vermächtnis betrifft, das den Nachlaß derart belastet, daß der Pflichtteil des (vorläufigen) Erben gefährdet wäre. Dafür spricht auch § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB, der dem zum Erben berufenen nächsten Angehörigen die Möglichkeit eröffnen will, seinen Pflichtteil durch Ausschlagung zu sichern, wenn er von den ihm lästigen Beschränkungen und Beschwerden Kenntnis erlangt. Eine Annahme der Erbschaft, die der Erlangung der Kenntnis vorangegangen ist und insofern auf unzutreffenden rechtlichen Vorstellungen beruht, kann dem im allgemeinen nicht entgegenstehen.

Die Beklagte hat die Anfechtung innerhalb der Frist des § 1954 Abs. 1 BGB erklärt. Wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß diese an das Nachlaßgericht gerichtete öffentlich beglaubigte Erklärung dort rechtzeitig eingegangen ist, dann ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Diese Anfechtung gilt gemäß § 1957 Abs. 1 BGB als rechtzeitige Ausschlagung, so daß die Erbschaft gemäß § 1953 Abs. 1 BGB als der Beklagten nicht angefallen anzusehen ist. Die Klägerin kann von der Beklagten daher nicht (mehr) die Erfüllung des Vermächtnisses verlangen. Schuldner des Vermächtnisses sind vielmehr diejenigen Personen, die infolge der während des Rechtsstreits erklärten Anfechtung rückwirkend Erben geworden sind (§ 2147 Satz 2 BGB); nach dem Vortrag der Beklagten im Revisionsverfahren handelt es sich dabei um deren beide Kinder.

2. Was die Revisionserwiderung gegen die Wirksamkeit der Anfechtung vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolg verhelfen. (Wird ausgeführt).

16. BGB §§ 133, 2097, 2279, 2278, 2298 Abs. 1 (Auslegung einer Ersatzerbfolgeregelung in einem notariellen Ehe- und Erbvertrag)

1. Zur Auslegung der Ersatzerbfolgeregelung in einem notariellen Ehe- und Erbvertrag, wenn nur der Fall des Vorversterbens als Ersatzerbfall bestimmt ist und die Regelung auch im übrigen unter Einschränkungen getroffen worden ist.

2. Die Auslegungsregel des § 2097 BGB greift nicht ein, wenn die Ersatzerbenberufung durch vertragsmäßige Verfügung in einem Erbvertrag nach dem festgestellten Erblasserwillen auf eine bestimmte Art des Wegfalls beschränkt ist.

BayObLG, Beschluß vom 18.1.1989 — BReg. 1a Z 28/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1976 verstarb die Erblasserin im Alter von 83 Jahren. Sie hatte keine Kinder. Ihr Ehemann ist im Jahr 1939 verstorben. Er hatte aus seiner ersten Ehe zwei Söhne, Karl und Ludwig. Die Beteiligten 1 bis 3 sind die Kinder des Sohnes Karl. Dieser ist nach der Erblasserin verstorben. Der Sohn Ludwig ist bereits im Jahr 1973 kinderlos verstorben.

Durch notariellen Ehe- und Erbvertrag vom 21.6.1923 setzten sich die Erblasserin und ihr Ehemann gegenseitig zu Alleinerben ein. Der Erbvertrag lautet in Nr. III C auszugsweise wie folgt:

„Erben der überlebenden Ehefrau sollen die erstehelichen und allenfalls aus der gegenwärtigen Ehe hervorgehenden Kinder des Mannes unter sich zu gleichen Teilen sein. An die Stelle eines vorverstorbenen Kindes treten dessen Abkömmlinge zu unter sich gleichen Stammteilen. Die überlebende Ehefrau ist berechtigt, durch einseitige letztwillige Verfügung die Höhe der Anteile der Kinder an der Erbschaft zu ändern.“

Am 10.8.1950 schloß die Erblasserin mit den beiden Söhnen ihres verstorbenen Ehemanns einen notariellen Erbverzichtsvertrag. Darin verzichteten die Söhne auf das ihnen beim Tod der Erblasserin aufgrund des Erbvertrages zustehende Erbrecht. Außerdem verzichtete der Sohn Karl im Namen der damals minderjährigen Beteiligten zu 1 und 2 auf das diesen vertraglich zustehende Erbrecht. Das Vormundschaftsgericht hat hierzu die Genehmigung verweigert.

Durch handgeschriebenes Testament vom 9.1.1962 setzte die Erblasserin eine Nichte und deren Ehemann als ihre Alleinerben je zur Hälfte ein (Nr. 1) und traf eine Regelung (Nr. 2) für den Fall, daß die Erbinsetzung unter Nr. 1 im Hinblick auf den Ehe- und Erbvertrag unwirksam sein sollte.

Am 18.8.1970 errichtete die Erblasserin ein weiteres eigenhändiges Testament. Es lautet auszugsweise wie folgt:

„Testament.

Ich ... ändere hiermit mein privatschriftliches Testament vom Januar 1962 wie folgt. Ich hebe die Erbinsetzung meiner Nichte ... hiermit auf und setze an deren Stelle als meine Alleinerben je zur Hälfte ein:

1. das Bayer. Rote Kreuz ...

2. den Caritasverband ...

Ziffer 2 meines eingangs genannten privatschriftlichen Testaments bleibt aufrecht erhalten.“

Am 9.12.1976 hat das Nachlaßgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts bewilligt, daß die Erblasserin von dem Bayerischen Roten Kreuz ... (Beteiligter zu 4) und dem Caritasverband ... (Beteiligter zu 5) je zur Hälfte beerbt wird. An die Beteiligten zu 4 und 5 sind Ausfertigungen hinausgegeben worden.

Mit Schriftsatz vom 22.7.1980 haben die Beteiligten zu 1 bis 3 beantragt, den Erbschein einzuziehen und einen Erbschein zu ihren Gunsten zu erteilen. Durch Beschluß vom 30.3.1981 hat das Nachlaßgericht diese Anträge zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß haben die Beteiligten zu 1 bis 3 Beschwerden eingelegt. Durch Beschluß vom 9.7.1986 hat das Landgericht die Beschwerden als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3. Sie beantragen, die Beschlüsse des Amtsgerichts und des Landgerichts aufzuheben und den Erbschein einzuziehen. Die Beteiligten zu 4 und 5 beantragen, die weiteren Beschwerden zurückzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die weiteren Beschwerden sind unbegründet.

1. ...

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) stand, weil eine zur Einziehung verpflichtende Unrichtigkeit des Erbscheins im Sinn von § 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BayObLGZ 1982, 474/475; BayObLG Rpfleger 1988, 413) nicht vorliegt.

a) Ohne Rechtsfehler nimmt das Landgericht an, daß der Umfang der Bindungswirkung des Erbvertrags vom 21.6.1923 (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. BayObLGZ 1961, 206/210) der testamentarischen Erbinsetzung nicht entgegensteht.

aa) Die Erblasserin hat in dem formgültigen Testament vom 18.8.1970 (§ 2247 Abs. 1 BGB) die Beteiligten zu 4 und 5 als ihre Erben eingesetzt. Darin liegt, wie das Landgericht ohne Rechtsfehler annimmt, keine Beeinträchtigung der Beteiligten zu 1 bis 3 im Sinn von § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB 48. Aufl. § 2289 Anm. 2), weil der im Erbvertrag zu ihren Gunsten geregelte Ersatzerbfall nicht eingetreten ist.

bb) Die gemäß Nr. III C in dem Ehe- und Erbvertrag als Schlußerben nach dem Tod der Erblasserin bedachten Söhne aus erster Ehe des Mannes (§ 2280, 2269 Abs. 1 BGB) haben auf die erbvertraglichen Zuwendungen durch den notariellen Vertrag vom 10.8.1950 wirksam verzichtet (§§ 2352, 2348 BGB). Für den vor der Erblasserin verstorbenen Sohn Karl, der den Erbfall erlebt hat, bewirkte der Zuwendungsverzicht, daß der Anfall der Zuwendung unterblieb, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte (*Palandt/Edenhofer* § 2352 Anm. 2).

cc) Wie das Landgericht zutreffend annimmt, war der Erbverzichtsanspruch insoweit unwirksam, als der Sohn Karl gemäß § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB für die damals minderjährigen Beteiligten zu 1 und 2 handelte, weil das Vormundschaftsgericht die nach § 2352 Satz 3, § 2347 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung versagte. Die damals schon volljährige Beteiligte zu 3 hätte einen Erbverzichtsvertrag gemäß § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB ohnehin nur persönlich schließen können. Im übrigen konnte der Verzicht des Vaters der Beteiligten zu 1 bis 3 auf die erbvertraglichen Zuwendungen ein eigenes Erbrecht seiner Abkömmlinge nicht beseitigen, weil § 2349 BGB im Rahmen von § 2352 BGB nicht anwendbar ist (§ 2352 Satz 3 BGB; BayObLG Rpfleger 1984, 65).

b) Das Landgericht durfte jedoch den Eintritt einer Ersatzerbfolge der Beteiligten zu 1 bis 3 verneinen, weil deren Vater erst nach der Erblasserin verstorben ist und weil der Ehe- und Erbvertrag für diesen Fall keine vertragsmäßig bindende Regelung einer Ersatzerbfolge gemäß § 2278 Abs. 2 BGB vorsieht.

aa) Für die Feststellung des in einem Erbvertrag erklärten Erblasserwillens gelten die allgemeinen Auslegungsregeln, insbesondere §§ 133, 157 BGB. Auf vertragsmäßige Zuwendungen im Sinn von § 2278 Abs. 2 BGB finden die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften gemäß § 2279 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Die Auslegung eines Erbvertrags obliegt den Richtern der Tatsacheninstanzen ebenso wie die Auslegung eines Testaments (vgl. hierzu BGHZ 80, 246/249 [= *MittBayNot* 1982, 31 = *DNotZ* 1982, 323]). Sie bindet das Rechtsbeschwerdegericht, sofern sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Wortlaut und Sinn der Regelung nicht widerspricht

und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt; nur in diesem Rahmen darf das Rechtsbeschwerdegericht die Auslegung letztwilliger Verfügungen nachprüfen (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLGZ 1988, 42/47 m. w. Nachw.).

bb) Das Landgericht hat die Regelung der Ersatzerbfolge nach dem Wortlaut und Sinn des Erbvertrags dahin ausgelegt, daß die Vertragsschließenden den Willen hatten, die Abkömmlinge der Kinder nur für den Fall als Ersatzerben einzusetzen, daß die Kinder vor der Erblasserin versterben, nicht aber für andere Wegfallgründe.

(1) Diese Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie ist rechtlich möglich, weil es dem Erblasser grundsätzlich freisteht, ob er für alle, für einige oder nur für einen der möglichen Wegfallsgründe eine Ersatzberufung anordnet (vgl. *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. § 2096 Rdnr. 7 m. w. Nachw.) und weil die Auslegungsregel des § 2097 BGB dann nicht eingreift, wenn die Ersatzberufung durch vertragmäßige Verfügung in einem Erbvertrag nach dem festgestellten Erblasserwillen auf eine bestimmte Art des Wegfalls beschränkt ist.

(2) Allerdings sind der Auslegung einer letztwilligen Verfügung durch deren Wortlaut keine Grenzen gesetzt. Der Richter ist auch an einen klar und eindeutig erscheinenden Wortlaut dann nicht gebunden, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 86, 41/45 [= DNotZ 1984, 38]). Die Frage, ob im Erbvertrag vom 21.6.1923 trotz der Bezeichnung nur eines einzigen Grundes, nämlich des Vorversterbens, auch für den Fall des Erbverzichts oder allgemein für alle Möglichkeiten eines Wegfalls der vertraglich eingesetzten Kinder eine Regelung getroffen werden sollte, ist aus dem Gesamtzusammenhang der vertraglichen Verfügung festzustellen. Dies hat das Landgericht beachtet.

(3) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer hat das Landgericht die Auslegungsregel des § 2097 BGB nicht verletzt. Mit den Worten „im Zweifel“ kommt der Vorbehalt zum Ausdruck, daß die Auslegungsregel nur dann eingreift, wenn der Erblasser die Ersatzberufung nicht auf einen bestimmten Fall beschränken wollte (vgl. *Soergel/Damrau* § 2097 Rdnr. 2). Zu Recht hat das Landgericht angenommen, daß die im Einzelfall orientierte Auslegung den Vorrang hat (vgl. BGHZ 33, 60/63; BayObLGZ 1961, 132/138) und daß diese keine Zweifel hinsichtlich des gewollten Eintritts der Ersatzerbfolge ergibt. Es hat in Betracht gezogen, daß die nach dem Wortlaut eindeutige Anordnung der Ersatzerbfolge allein für den Fall des Vorversterbens keineswegs zwingend für die Absicht sprechen muß, die Ersatzberufung auf diesen Wegfallsgrund zu beschränken (vgl. *Staudinger/Otte* BGB 12. Aufl. § 2097 Rdnr. 1). Als mögliche Wegfallsgründe kommen Vorversterben (§ 1923 Abs. 1 BGB), Erbunwürdigkeit (§§ 2339 ff. BGB), Ausschlagung (§ 1942 Abs. 1 BGB) mit oder ohne Geltendmachung von Pflichtteilsrechten sowie Erbverzicht (§ 2352 Satz 2 BGB) gegen Abfindung oder zugunsten von Abkömmlingen in Betracht.

(4) Bei privatschriftlichen letztwilligen Verfügungen kann die Beschränkung auf einen einzigen Wegfallsgrund auf einer mangelhaften Ausdrucksweise beruhen oder auf der Unkenntnis des Erblassers von den anderen Wegfallsgründen. Hier wurde der Erbvertrag jedoch von einem Notar beurkundet. Diese Tatsache durfte das Landgericht jedenfalls insoweit berücksichtigen, als eine Beschränkung aufgrund mangelhafter Ausdrucksweise und fehlender Rechtskenntnis deshalb keineswegs naheliegt. Es durfte vielmehr davon

ausgehen, daß die in einem notariellen Erbvertrag enthaltene Beschränkung der Ersatzerbfolge auf Fälle des Vorversterbens in aller Regel auch als Inhalt des Vertrags gewollt ist. Als nächstliegende Bedeutung der Erklärung durfte das Landgericht hier ohne Rechtsfehler annehmen, daß es dem Willen der Vertragsschließenden entsprach, eine Ersatzerbfolge nur für den bezeichneten Fall des Vorversterbens anzusetzen. Außerdem haben die Ehegatten eine Regelung der Ersatzerbfolge nur für den Fall getroffen, daß der Ehemann zuerst verstirbt, der Kinder aus erster Ehe hatte. Die überlebende Ehefrau sollte gemäß Nr. III C Abs. 2 berechtigt sein, die Höhe der Anteile der Kinder zu ändern. Derartige Vorbehalte sind zulässig (vgl. BGHZ 26, 204/208; BayObLGZ 1961, 204/210; *Palandt/Edenhofer* § 2289 Anm. 1a). Weil die Ersatzerbfolge von vornherein unter Einschränkungen angeordnet wurde, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die Beschränkung hinsichtlich des Ersatzerfalls nicht dem Willen der Erblasser entsprochen hätte. Hiervon ist das Landgericht zu Recht ausgegangen. Auf die Ausführungen zur Beweisvermutung einer notariellen Urkunde kommt es deshalb nicht mehr an.

(5) Das Landgericht hat auch den Zusammenhang mit dem sonstigen Inhalt der Urkunde berücksichtigt, insbesondere den mehrfach vertragsmäßig erklärten Willen zur Gleichbehandlung aller Abkömmlinge. Nicht nur in Nr. III C Abs. 1 und 2 sind die Erben und Ersatzerben zu unter sich „gleichen“ Teilen berufen; in Nr. III D ist der Wille erkennbar, für den Fall der Wiederverheiratung der überlebenden Ehefrau die Abkömmlinge des Ehemannes zu „gleichen“ Teilen (durch Quotenvermächtnisse) zu bedenken und anstelle eines vorverstorbenen Kindes wiederum dessen Abkömmlinge zu unter sich „gleichen“ Stammteilen als Ersatzvermächtnisnehmer zu berufen.

(6) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer folgt aus dem erkennbaren Willen zur Gleichbehandlung nicht die Absicht der Vertragsschließenden, daß alle denkbaren Wegfallsgründe, insbesondere ein Erbverzicht, den Ersatzerbfall auslösen sollten. Vielmehr würde es der Absicht zur Gleichbehandlung widersprechen, wenn entgegen dem Wortlaut der vertraglichen Regelung (Nr. III C Abs. 2) eine Ersatzerbfolge für alle denkbaren Fälle angenommen würde, in denen der berufene Erbe aus irgendeinem Grund nicht Erbe sein kann oder will. Zu einer Ungleichbehandlung der Abkömmlinge käme es nämlich dann, wenn der zunächst Berufene die erbvertragliche Zuwendung ausschlagen und dafür den Pflichtteil verlangen würde sowie bei einem Verzicht auf die erbvertragliche Zuwendung gegen eine Abfindung. In diesen Fällen würde der Stamm des Ausschlagenden bzw. des Verzichtenden in mehrfacher Weise am Vermögen des Erblassers teilnehmen. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin und ihr verstorbener Ehemann eine derartige Bevorzugung eines Stammes mit erbvertraglicher Bindung im Sinn von § 2287 Abs. 1 BGB gewollt hätten. Aufgrund der gesamten Umstände durfte das Landgericht somit annehmen, daß kein Zweifelsfall im Sinn von § 2097 BGB vorliegt.

3. Der Erbschein ist somit inhaltlich nicht unrichtig, weil er die Erbfolge so wiedergibt, wie sie tatsächlich besteht und nach den für den Erbschein geltenden Regeln wiederzugeben ist. Anhaltspunkte dafür, daß der Erbschein unter Verletzung des Verfahrensrechts ergangen sei, liegen nicht vor. Dem Landgericht ist auch insoweit zu folgen, als es die Zurückweisung des Antrags der Beteiligten zu 1 bis 3, ihnen einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, bestätigt hat.

17. BGB §§ 2203, 2205; GBO §§ 20, 52 (*Erklärung der Auflassung durch einen Testamentsvollstrecker und Nachweis der Verfügungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt*)

**1. Erklärt auf der Veräußererseite ein Testamentsvollstrecker die Auflassung eines Grundstücks, so hat das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis zu prüfen.**

**2. Außer zu Pflicht- und Anstandsschenkungen ist der Testamentsvollstrecker zu einer unentgeltlichen Verfügung nicht berechtigt, es sei denn, alle Erben und Vermächtnisnehmer stimmen ihr zu. Die Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers stellt keine unentgeltliche Verfügung dar.**

**3. Hat der Erblasser in einem privatschriftlichen Testament seine Kinder als Erben eingesetzt und darüber hinaus bestimmt, daß eines der Kinder als Erbe des Hausgrundstücks eingesetzt sei, ist die Auflassung des Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker an dieses Kind wirksam; das Grundbuchamt kann die Eintragung der Auflassung nicht vom Nachweis der Erbeneigenschaft des Kindes durch einen Erbschein abhängig machen.**

BayObLG, Beschluß vom 18.1.1989 — BReg. 2 Z 4/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Als Eigentümer eines Hausgrundstücks in N. ist der 1986 verstorbene Erblasser eingetragen. Die Beteiligten zu 2) bis 4) sind seine Kinder.

In einem privatschriftlichen Testament vom 24.11.1985 setzte der Erblasser die Beteiligten zu 2) bis 4) als seine Erben ein; ferner bestimmte er, wer einzelne Nachlaßgegenstände erhalten solle; unter anderem ist die Beteiligte zu 4) als Erbin des Hausgrundstücks in N. „eingesetzt“; außerdem ist ein Wohnrecht in dem Haus als Vermächtnis einer dritten Person zugewendet; schließlich hat der Erblasser den Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker eingesetzt.

Ein Erbschein ist nicht erteilt; jedoch ist dem Beteiligten zu 1) ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt worden.

Am 6.5.1987 ließ der Beteiligte zu 1) mit Zustimmung der Beteiligten zu 2) und 3) das Hausgrundstück an die Beteiligte zu 4) auf; am 11.5.1987 räumte die Beteiligte zu 4) mit Zustimmung des Beteiligten zu 1) der Vermächtnisnehmerin ein Wohnrecht ein und bewilligte die Eintragung im Grundbuch.

Den Antrag der Beteiligten, die Auflassung im Grundbuch einzutragen, hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung vom 23.10.1987 beanstandet; es wurde die Vorlage eines Erbscheins verlangt. Die Beschwerde hiergegen hat das Landgericht durch Beschluß vom 17.11.1988 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. ...

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

a) Die Auflassung eines Grundstücks darf das Grundbuchamt nur eintragen, wenn ihm die Einigung über den Rechtsübergang (Auflassung; § 925 BGB) nachgewiesen ist (§ 20 GBO). Die Auflassung ist auf der Veräußererseite von dem Verfügungsbefugten zu erklären (BayObLGZ 1973, 139/140; BayObLGZ 1989 Nr. 2 [= MittBayNot 1989, S. 148 Ls. in diesem Heft] *Horber/Demharter* GBO 17. Aufl. Anm. 12 a aa, *KEHE/Ertl* GBR 3. Aufl. Rdnr. 48, jeweils zu § 20). Erklärt ein Testamentsvollstrecker als Veräußerer die Auflassung, hat daher das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis zu prüfen (BayObLGZ 1986, 208/210; *Horber/Demharter* § 52 Anm. 11 c). Außer zu Pflicht- und Anstandsschenkungen, die hier nicht in Betracht kommen, ist der Testamentsvoll-

strecker zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt (§ 2205 Satz 3 BGB), es sei denn, alle Erben und Vermächtnisnehmer stimmen der Verfügung zu (BGHZ 57, 84/94; BayObLGZ 1986, 208/210; *Horber/Demharter* Anm. 11 b, *KEHE/Eickmann* Rdnr. 14, jeweils zu § 52). Eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers liegt nicht vor, wenn die Verfügung in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen ist (RGZ 105, 246/248; BGH NJW 1963, 1613; BayObLGZ 1986, 208/210).

b) Die Auflassung des Grundstücks ist im vorliegenden Fall wirksam, weil sie die Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers darstellt.

(1) Das Landgericht hat nur das Vorliegen der Zustimmungen geprüft und im Ergebnis zutreffend verneint. Der Nachweis, daß die Erben zugestimmt haben, setzt den Nachweis voraus, daß die Zustimmenden auch Erben sind. Dieser Nachweis kann dem Grundbuchamt gegenüber grundsätzlich nur durch einen Erbschein geführt werden, weil ein privatschriftliches Testament vorliegt (§ 35 Abs. 1 GBO; BayObLGZ 1986, 208/210 f.; *Horber/Demharter* § 35 Anm. 3 a). Ein Erbschein liegt ebensowenig vor wie ein Überweisungszeugnis gemäß § 36 GBO, das ebenfalls als ausreichender Nachweis in Betracht kommen könnte. Abgesehen davon kann die Verfügung des Testamentsvollstreckers auf dem Weg der Zustimmung schon deshalb nicht Wirksamkeit erlangt haben, weil eine Zustimmung der Vermächtnisnehmer nicht vorliegt.

(2) Das Landgericht hat es aber unterlassen zu prüfen, ob die Verfügung des Testamentsvollstreckers deshalb wirksam ist, weil sie in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen wurde. Die Beteiligten berufen sich in der Rechtsbeschwerde auf eine danach gegebene Wirksamkeit. Der Nachweis, daß es sich um die Erfüllung einer letztwilligen Verfügung handelt, schließt die Unentgeltlichkeit der Verfügung aus. Der Nachweis braucht nicht in der Form des § 29 GBO geführt zu werden. Es genügt, daß im Weg der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamts Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers ausgeräumt werden können (BayObLGZ 1969, 278/283; *Horber/Demharter* Anm. 11 c, *KEHE/Eickmann* Rdnr. 15, jeweils zu § 52). Dieser Nachweis ist hier erbracht.

Gemäß § 2203 BGB hat der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Diese Verpflichtung hat der Testamentsvollstrecker durch die Übertragung des Hausgrundstücks in N. auf die Beteiligte zu 4) erfüllt. Der Erblasser hat in seinem privatschriftlichen Testament zunächst alle drei Kinder, also auch die Beteiligte zu 4), als Erben eingesetzt. Sodann hat er hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände bestimmt, wer sie erhalten solle; hinsichtlich des Hausgrundstücks in N. ist die Beteiligte zu 4) „als Erbin“ eingesetzt worden. Es liegt nahe, daß es sich bei dieser Bestimmung um eine Teilungsanordnung des Erblassers im Sinn des § 2048 Satz 1 BGB handelt. Hiervon sind auch die Beteiligten in dem Überlassungsvertrag ausgegangen. In Betracht kommt aber auch ein Vorausvermächtnis im Sinn des § 2150 BGB oder nur ein Vermächtnis im Sinn des § 2147 BGB. In der Rechtsbeschwerde berufen sich die Beteiligten nunmehr darauf, daß es sich um ein Vorausvermächtnis handelt. Bei einer Teilungsanordnung wäre Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers, daß es sich bei der Beteiligten zu 4) um eine Erbin handelt; dies könnte wiederum — wie ausgeführt — nur durch einen Erbschein nachgewiesen werden. Im vorliegenden Fall kann es dahingestellt bleiben, ob es sich bei

der Anordnung des Erblassers in seinem privatschriftlichen Testament bezüglich des Hausgrundstücks in N. um eine Teilungsanordnung oder ein Vermächtnis, sei es auch in der Form des Vorausvermächtnisses, handelt. Dem Testament kann jedenfalls zweifelsfrei als Wille des Erblassers entnommen werden, daß die Beteiligte zu 4) das Hausgrundstück in jedem Fall bekommen soll, insbesondere nicht nur als Erbin. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Beteiligte zu 4) Erbin ist. Diese Eigenschaft braucht also nicht durch einen Erbschein nachgewiesen zu sein. Mit der Auflassung des Grundstücks an die Beteiligte zu 4) hat der Testamentsvollstrecker vielmehr eine letztwillige Verfügung des Erblassers erfüllt.

18. BGB § 1944 (*Kein Beginn der Ausschlagungsfrist vor Kenntnis des Erben von der Verkündung der Verfügung von Todes wegen*)

**Für den Beginn der Ausschlagungsfrist ist in jedem Fall auch die Kenntnis des Erben von der Verkündung der Verfügung von Todes wegen erforderlich.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 13.12.1988 — 11 W 67/88 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die am 14.2.1912 geborene Erstbeteiligte ist die Witwe des am 15.2.1911 geborenen und am 23.1.1982 verstorbenen Erblassers E. Die Ehe wurde am 21.11.1933 geschlossen. Der am 1.10.1934 geborene Zweitbeteiligte und die am 26.3.1942 geborene Drittbeteiligte sind die Kinder des Erblassers und der Erstbeteiligten.

Durch eigenhändiges Testament vom 1.7.1981 hat der Erblasser, der mit der Erstbeteiligten im Güterstand der Gütertrennung gelebt hat, die Erstbeteiligte als Alleinerbin eingesetzt. Absatz 4 des Testaments lautet:

„Alle weiteren Verfügungen überlasse ich meiner Frau, insbesondere was die Kinder anbetrifft, aber vorher sind die Verfügungen Absatz 2 und Absatz 3 zu erfüllen“.

Das dem Notariat unverschlossen übergebene Testament, dessen Inhalt der Erstbeteiligten bekannt war, wurde am 25.3.1982 eröffnet, wobei der Notar im Interesse einer beschleunigten Abwicklung von der Ladung der gesetzlichen Erben zum Eröffnungstermin absah. Die Bekanntmachung der Eröffnung an die Beteiligten wurde vom Notariat am 15.4.1982 abgesandt.

Am 26.5.1982 erklärte die Erstbeteiligte in Anwesenheit des Zweit- und der Drittbeteiligten und ihres Steuerberaters formgerecht vor dem Notariat die Ausschlagung der testamentarischen und gleichzeitig die Annahme der ihr kraft Gesetzes zufallenden Erbschaft. Auf übereinstimmenden Antrag sämtlicher Beteiligten erteilte das Notariat am 16.6.1982 einen gemeinschaftlichen Erbschein, wonach der Erblasser von den Beteiligten zu jeweils  $\frac{1}{3}$  beerbt worden sei. Den Wert des Nachlasses, der hauptsächlich aus Grundvermögen besteht, bezifferte das Notariat auf 4.450.000,— DM.

Zwischen den Beteiligten, die zunächst die laufenden Einkünfte aus dem Grundvermögen unter sich aufteilten, kam es in der Folgezeit zu immer größeren Spannungen, wobei sich die Erst- und die Drittbeteiligte auf der einen Seite und der Zweitbeteiligte auf der anderen Seite gegenüberstanden.

Am 10.9.1987 beantragte die Erstbeteiligte, den Erbschein einzuziehen und ihr einen neuen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin ausweise. Die Erstbeteiligte begründete ihren Antrag damit, daß zum Zeitpunkt der Ausschlagung die mit Verkündung (Eröffnung) des Testaments beginnende Ausschlagungsfrist von sechs Wochen des § 1944 BGB bereits abgelaufen und die Ausschlagung somit unwirksam gewesen sei. Damit verbleibe es bei der testamentarisch angeordneten Alleinerbschaft der Erstbeteiligten.

Ergänzend hat die Erstbeteiligte beantragt, ihr fürsorglich einen Teilerbschein zu erteilen, der sie zu  $\frac{2}{3}$  als Erbin ausweise, da die Drittbeteiligte ihre Rechtsansicht voll teile. Höchstförsorglich hat die Erstbeteiligte beantragt, ihr einen Teilerbschein mit einer Quote von  $\frac{1}{3}$  zu erteilen.

Nach Einholung einer dienstlichen Äußerung des Notars, der die Ausschlagungserklärung der Erstbeteiligten entgegengenommen hatte, hat das Notariat mit Beschluß vom 28.12.1987 die Anträge der Erstbeteiligten zurückgewiesen.

Die Erstbeteiligte legte gegen den Beschluß des Notariats Beschwerde ein, wobei sie beantragte, den Beschluß vom 28.12.1987 aufzuheben und ihr einen ihr Alleinrecht ausweisenden Erbschein, fürsorglich einen Teilerbschein zu  $\frac{1}{3}$  zu erteilen.

Mit Beschluß vom 6.4.1988 änderte das Landgericht den Beschluß des Notariats vom 28.12.1987 dahin ab, daß das Notariat angewiesen wurde, dem Antrag der Erstbeteiligten auf Erteilung eines Teilerbscheins, der sie zu  $\frac{1}{3}$  als Miterbin ausweist, zu entsprechen.

Gegen den Beschluß des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde der Erstbeteiligten.

*Aus den Gründen:*

1. Die weitere Beschwerde der Erstbeteiligten ist in der gesetzlich vorgeschriebenen Form eingelegt und damit zulässig (§§ 27, 29 FGG). Sie ist jedoch nicht begründet. . . .

2. Das Landgericht hat in seiner Entscheidung zum Ausdruck gebracht, daß es Zweifel hat, ob die Ausschlagungserklärung der Erstbeteiligten als verspätet anzusehen ist. Hierbei hat das Landgericht erwogen, daß der Betroffene, der von der Testamentseröffnung keine Kenntnis hat, mit einem dadurch ausgelösten Fristenlauf nicht zu rechnen braucht und sich darauf auch gar nicht einstellen kann. Sonst könnte es in Extremfällen vorkommen, daß die Bekanntmachung über die Eröffnung den Betroffenen erst erreicht, wenn die Frist schon abgelaufen ist.

Der Senat hält diese Zweifel für begründet. Die Frage, ob für den Beginn der Ausschlagungsfrist neben der Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung auch die Kenntnis der Verkündung des Testaments erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. hierzu RG DJZ 1902, 263; OLG Braunschweig OLGE 14, 280; offengelassen in RG HRR 1931, 1140; *Palandt/Edenhofer*, BGB 46. Aufl. § 1944, 2 d; RGRK, BGB, 12. Aufl. § 1944 Rdnr. 15; *Soergel/Stein*, BGB, 11. Aufl. § 1944 Rdnr. 14; Münchener Kommentar *Leipold*, BGB, § 1944 Rdnr. 16; *Staudinger-Otte/Marotzke*, BGB, 12. Aufl. Rdnr. 19; *Erman*, BGB, 7. Aufl. § 1944 Rdnr. 6). Der Senat ist der Auffassung, daß für den Beginn des Laufs der Ausschlagungsfrist in jedem Fall auch die Kenntnis des Erben von der Verkündung des Testaments erforderlich ist.

Gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB beginnt die Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB nicht vor der Verkündung der Verfügung, wenn der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen ist. Die Form und der Ablauf der Testamentseröffnung ist in § 2260 BGB geregelt, wobei § 2262 BGB bestimmt, daß das Nachlaßgericht die Beteiligten, welche bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen sind, von dem sie betreffenden Inhalt des Testaments in Kenntnis zu setzen hat.

Im vorliegenden Fall hat das Notariat im Interesse einer beschleunigten Abwicklung der Nachlaßsache in seinem Beschluß vom 25.3.1982 weder die Beteiligten zu dem Testamentseröffnungstermin geladen noch die Beteiligten in anderer Weise von diesem Termin überhaupt in Kenntnis gesetzt. Erst durch die Nachricht gemäß § 2262 BGB, die von dem Notariat am 15.4.1982 zur Post gegeben wurde, ist den Beteiligten zur Kenntnis gebracht worden, daß das Testament vom 1.7.1981 eröffnet worden ist.

Durch die Eröffnung des Testaments wird der bis dahin oft geheimgehaltene Wille des Erblassers an die Öffentlichkeit

gebracht, die an dieser Bekanntgabe ein Interesse hat (vgl. hierzu *Palandt-Edenhofer*, BGB, 45. Aufl., § 2260, 1). Die Eröffnung ist ein wesentlicher und notwendiger Formalakt, denn grundsätzlich lassen sich nur auf das eröffnete Testament Rechtsakte gründen (vgl. hierzu *Staudinger-Firsching*, BGB, 12. Aufl., § 2260 Rdnr. 4). Hierbei sind den gesetzlichen Erben und Pflichtteilsberechtigten, sofern sie bei der Testamentseröffnung nicht zugegen waren, gemäß § 2262 BGB sämtliche Verfügungen des Erblassers ohne Rücksicht auf deren Bedeutung für die Rechtslage mitzuteilen, da erst die lückenlose Bekanntgabe jeden einzelnen Beteiligten in die Lage versetzt, seine Rechte wahrzunehmen (vgl. hierzu BGHZ 91, 105, 108 m. w. N.).

Zu diesen wahrzunehmenden Rechten gehört zweifellos auch das Recht, eine Erbschaft auszuschlagen (§ 1942 Abs. 1 BGB). Gemäß § 1944 Abs. 1 BGB kann die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen. Sowohl die Kürze dieser Frist als auch die Bedeutung der Ausschlagung für die Rechtsstellung des Erben gebieten es, daß dem Erben die *ganze Frist* zur Überlegung zur Verfügung steht, ob er ausschlägt oder nicht. Dies ist aber nur dann gewährleistet, wenn der Erbe von dem Testamentseröffnungstermin überhaupt Kenntnis hat, da er nur dann den Zeitpunkt kennt, ab dem die Ausschlagungsfrist zu laufen beginnt.

Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die Ausschlagungsfrist erst ab Zugang des Testamentseröffnungsprotokolls vom 25.3.1982 an die Erbsteilige zu laufen begonnen hat. (*Wird ausgeführt*).

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

19. GmbHG § 15 Abs. 3, 4; BGB § 158 (*Bedingungsverzicht bei aufschiebend bedingter Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils*)

**a) Ist die Abtretung eines Geschäftsanteils aufschiebend bedingt, kann der aus der Bedingung Begünstigte einseitig durch formfreie, empfangsbedürftige Erklärung, die keiner Annahme bedarf, auf die Bedingung verzichten.**

**b) Soll der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Verpflichtungsvertrag zur Abtretung eines Geschäftsanteils unabhängig vom Eintritt der Bedingung wirksam werden (Wegfall der Bedingung), erfordert dies eine Vertragsänderung, die grundsätzlich dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegt.**

BGH, Urteil vom 23.11.1988 — VIII ZR 262/87 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin nimmt jeweils aus abgetretenem Recht die Beklagten als Teil- und Gesamtschuldner auf Zahlung von 200.000 DM in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Auf Betreiben des Beklagten zu 1) wurde am 17.9.1984 die N. T. GmbH (künftig GmbH) gegründet. Die Beklagten zu 2) bis 5) erwarben durch notariellen Vertrag vom 4.10.1984 die der Stammeinlage entsprechenden Geschäftsanteile in Höhe von jeweils 12.500 DM. Durch notariellen Vertrag vom 31.10.1984 traten sie die Geschäftsanteile an den Beklagten zu 1) ab, der sie aufgrund eines ebenfalls unter dem 31.10.1984 abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags (s. unten) treuhänderisch für den Treugeber R. erwerben sollte. Der hierfür — unstrittig — vereinbarte Kaufpreis von 300.000 DM ist auch gezahlt

worden. In dem notariellen Vertrag vom 31.10.1984 ist jedoch lediglich ein fester Kaufpreis von 100.000 DM protokolliert, der sich gem. Nr. VI. des Vertrags nach dem Ergebnis einer Zwischenbilanz vermindern oder erhöhen sollte. Der Vertrag enthält unter anderem noch folgende Vereinbarungen:

„II.

... Der Kauf umfaßt das Handelsgeschäft der ... GmbH, die Firma und den gesamten Kundenstamm.

III.

Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der Geschäftsanteile (Kaufvertrag) und die Geschäftsanteilsübertragung (Verfügungsgeschäft) werden mit Eintritt der folgenden aufschiebenden Bedingungen wirksam:

1. Zustandekommen eines wirksamen Leasing-Mietvertrages über die Fleischwarenfabrik, ...
2. Vorlage der Zustimmung des Erwerbers zu dem Leasing-Mietvertrag.
3. Vorlage einer ordentlichen Zwischenbilanz, aus der sich ergibt, daß die Gesellschaft zahlungsfähig und nicht überschuldet ist (§ 64 GmbHG).
4. Vorlage der Bürgschaft zur Absicherung der Verpflichtung zur Übernahme des Darlehens über DM 300.000.

IV.

Die Veräußerer und der Erwerber sind sich darüber einig, daß sämtliche Vereinbarungen dieses Geschäftsanteilsübertragungsvertrages keine Wirksamkeit erlangen, falls nicht die vorerwähnten Bedingungen bis zum 31.12.1984 eingetreten sind.

V.

Der Kaufpreis von DM 100.000 wird fällig zu Auszahlung an die Veräußerer mit Eintritt der letzten Bedingung d. h. mit Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages. ...

Die Bedingungen sind dem beurkundenden Notar nachgewiesen mit der Folge der Freigabe der Auszahlung, wenn Veräußerer und Erwerber den Bedingungseintritt schriftlich mitteilen. ...

Der Beklagte zu 1) und der Treugeber trafen — ebenfalls mit Datum vom 31.10.1984 — eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es (auszugsweise) heißt:

„Der Treuhänder hat im Rahmen des Treuhandverhältnisses allen Weisungen des Treugebers Folge zu leisten.

... Treugeber und Treuhänder sind sich darüber einig, daß der Treugeber erhebliche Vorleistungen erbracht hat. Für den Fall, daß der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag bis zum 31.12.1984 nicht wirksam geworden sein sollte, verpflichtet sich der Treuhänder zur Zahlung eines Betrages von 200.000 DM an den Treugeber. Dieser Betrag wird gegebenenfalls per 1.1.1985 zur Auszahlung an den Treugeber fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist der Betrag mit 8 % zu verzinsen.“

Ein Leasingvertrag (Nr. 1, 2 der oben zitierten Bedingungen) kam nicht zustande. Mit Schreiben vom 30.11.1984 erteilte der Treugeber dem Beklagten zu 1) folgende Anweisung: „Ich weise Sie hiermit an, dem Notar ... zu erklären, daß der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag laut seiner Urkunde vom 31.10.1984 ... mit dem 30.11.1984 wirksam geworden ist.“

Die Klägerin hat von dem Beklagten zu 1) Zahlung des mit dem Treugeber am 31.10.1984 für den Fall, daß der Anteilsübertragungsvertrag nicht wirksam werden sollte, vereinbarten Betrags und — gesamtschuldnerisch — von den Beklagten zu 2) und 5) Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe eines Teilbetrags von 200.000 DM verlangt.

Das Landgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1) stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Hiergegen haben die Klägerin und der Beklagte zu 1) Berufung eingelegt. Dem zuletzt von der Klägerin gestellten Antrag, die Beklagten zu 2) und 5) zur Zahlung von je 50.000 DM nebst Zinsen gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 1) zu verurteilen, hat das Berufungsgericht bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Beklagten zu 1) hat es mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß er zur Zahlung von 200.000 DM nebst Zinsen verurteilt werde, und zwar in Höhe von jeweils 50.000 DM als Gesamtschuldner mit den Beklagten zu 2) und 5). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

A. Revision der Beklagten zu 2) und 5)

... II. 1. a) Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Beklagten zu 2) bis 5) die Zahlung für den Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile ohne rechtlichen Grund erhalten haben, denn der Kaufvertrag ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG nichtig, weil ein Kaufpreis von 100.000 DM in der notariellen Urkunde protokolliert ist, die Vertragsparteien nach der Feststellung des Berufungsgerichts jedoch einen Kaufpreis von 300.000 DM vereinbart haben (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1983 — IVa ZR 187/81, WM 1983, 565, 566 unter II. 1 a [= DNotZ 1984, 481]). An der Anwendbarkeit von § 15 Abs. 4 GmbHG ändert sich auch unter dem Gesichtspunkt nichts, daß wirtschaftlich das Handelsgeschäft der GmbH verkauft worden ist, wie aus II. der notariellen Urkunde folgt, wonach der Kauf das „Handelsgeschäft der ... GmbH, die Firma und den gesamten Kundenstamm“ umfaßt (s. jedoch unten zu 2 b).

b) Eine Heilung des formnichtigen Verpflichtungsgeschäfts durch die Abtretung der Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) ist nicht eingetreten, wobei insoweit ohnehin nur die Heilung der Formnichtigkeit in Betracht käme und sich nichts daran ändern würde, daß das Verpflichtungsgeschäft aufschiebend bedingt abgeschlossen worden ist und seine volle Wirksamkeit den Eintritt der Bedingungen erforderte. Andererseits kann hier unterstellt werden, daß die Formnichtigkeit des Kaufvertrags nicht auch über § 139 BGB zur Nichtigkeit der Übertragung geführt hat (zur Heilung durch den in derselben Urkunde enthaltenen Abtretungsvertrag vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 74).

aa) Die Heilung des Verpflichtungsgeschäfts tritt nur bei wirksamer Abtretung ein (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 35 m. Nachw.). Erfolgt die Abtretung, wie hier, unter aufschiebenden Bedingungen, wogegen aus Rechtsgründen keine Bedenken bestehen, so tritt eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts erst ein, wenn die Bedingungen erfüllt sind. Fällt auch nur eine Bedingung aus, wie im vorliegenden Fall der Abschluß des Leasingvertrages, so kommt die Heilung des schuldrechtlichen Geschäfts nicht mehr in Betracht. Die Beklagten machen indessen geltend, daß der Treugeber mit seinem Schreiben vom 30.11.1984 an den Beklagten zu 1) auf die Bedingung verzichtet habe. Im Parallelverfahren VIII ZR 263/87 hat das Oberlandesgericht die Revision wegen der Frage zugelassen, „welche Auswirkungen der nicht notariell beurkundete Verzicht auf die Bedingungen eines GmbH-Anteilsübertragungsvertrages hat“. Nach Auffassung des Senats ist die Möglichkeit eines formfreien Verzichts auf die der Abtretung beigefügte Bedingung anzuerkennen, weil darin keine der Form des § 15 GmbHG unterliegenden Vertragsänderung zu sehen ist und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit der Nachweis eines Verzichts in der Regel keine größeren Schwierigkeiten bereiten wird als der Nachweis des Eintritts der Bedingung. Die Abtretung als Verfügungsgeschäft läßt sich in dem hier interessierenden Zusammenhang mit der Übereignung beweglicher Sachen vergleichen. Für sie hat der Bundesgerichtshof bejaht, daß der bei der Übereignung vereinbarte Eigentumsvorbehalt durch einseitige Erklärung aufgegeben werden kann (Senatsurteil vom 20.5.1958 — VIII ZR 329/56, LM § 127 BGB Nr. 1 unter 2.). Mit einem solchen einseitigen Verfügungsgeschäft komme die Bedingung in Fortfall, die dem dinglichen Rechtsgeschäft, nämlich der Einigung über den Eigentumsüber-

gang im Sinne des § 929 BGB anhaftete. Beim Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt kann es allerdings keinen Zweifel geben, daß der Vorbehalt im Interesse des bisherigen Eigentümers besteht und nur er als Begünstigter zum Verzicht befugt ist. Bei der Abtretung eines Geschäftsanteils kann die Bedingung hingegen sowohl dem Interesse des Erwerbers als des Veräußerers dienen. Selbst wenn hier davon ausgegangen werden müßte, die Bedingungen seien nur im Interesse des Erwerbers aufgenommen worden, ist aber nicht ersichtlich, daß überhaupt der Tatbestand eines Verzichts vorliegt. Nach dem Senatsurteil vom 20.5.1958 (aaO) kann zwar der Verzicht einseitig erklärt werden, die Erklärung bedarf auch keiner Annahme, es genügt „die Kundgabe einer hierauf gerichteten Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer“. Hierfür gibt der unstreitige oder festgestellte Sachverhalt nichts her, zumal verlangt werden müßte, daß die Kundgabe vor dem 1.1.1985 erfolgt ist, weil nach IV. der notariellen Urkunde die Vertragsparteien sich darüber einig waren, daß die Vereinbarungen keine Wirksamkeit erlangen sollten, falls nicht die Bedingungen bis zum 31.12.1984 eingetreten sind. Selbst wenn die Behauptung der Beklagten als richtig unterstellt wird, der Beklagte zu 1) habe die im Schreiben vom 30.11.1984 wiedergegebene Erklärung an den Notar gerichtet, folgt daraus nicht eine Kundgabe des Verzichts auf die Bedingungen gegenüber den Beklagten zu 2) und 5).

Nach alledem ist dem Prozeßstoff eine wirksame Abtretung der Geschäftsanteile, die die Formnichtigkeit des Kaufvertrages hätte heilen können, nicht zu entnehmen.

bb) Überdies hätte auch der Kaufvertrag selbst bei Heilung der Formnichtigkeit außerdem noch unter den aufschiebenden Bedingungen gestanden, von denen, wie schon erwähnt, jedenfalls die Bedingungen Nr. 1 und 2 (Leasingvertrag) unstreitig nicht eingetreten sind. Der einseitige Verzicht auf die dem schuldrechtlichen Vertrag beigefügten Bedingungen scheidet aus Rechtsgründen aus (vgl. Senatsurteil vom 20.5.1958 aaO). Eine vertragliche Einigung, für die sich schon tatbestandlich aus dem Prozeßstoff nichts ergibt, hätte als Vertragsänderung überdies die Form des § 15 Abs. 4 GmbHG erfordert. Dem Beurkundungszwang unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Vertragsparteien zu dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehören (vgl. BGH, Urteil vom 30.6.1969 — II ZR 71/68, WM 1969, 1257, 1258 f. unter III. a.E.; *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 29). Zum schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehörte nicht nur die Schaffung von Bedingungen, sondern auch ihr Wegfall, weil durch den Wegfall der Bedingungen eine stärkere Bindung an den noch nicht vollzogenen Kauf eingetreten wäre (s. zu § 313 BGB Urteil des BGH vom 8.4.1988 — V ZR 260/86, WM 1988, 1026, 1027 unter II. 1 [= MittBayNot 1988, 225], vgl. auch Senatsurteil vom 21.4.1959 — VIII ZR 71/58, WM 1959, 689).

Das Berufungsgericht hat schließlich auch mit rechtlich zutreffenden Erwägungen die Fiktion des Bedingungseintritts nach § 162 Abs. 1 BGB verneint, soweit es hier überhaupt auf das Verhalten des Treugebers ankommen sollte.

2.a). Der nichtige Kaufvertrag ist nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Der Geltendmachung hieraus hergeleiteter Ansprüche stehen weder die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (vgl. allgemein BGHZ 55, 5, 8) noch Treu und Glauben — auch nicht in der besonderen Ausprägung des § 814 BGB — entgegen. (*Wird ausgeführt*).

20. HGB § 24 Abs. 2, § 22 Abs. 1 (*Firmenfortführung nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft*)

**§ 24 Abs. 2 HGB — und nicht § 22 Abs. 1 HGB — ist auch dann anwendbar, wenn aus einer zweigliedrigen Gesellschaft einer der beiden Gesellschafter ohne Liquidation ausscheidet.**

BGH, Urteil vom 9.1.1989 — II ZR 142/88 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagten sind die alleinigen Gesellschafter einer unter der Firma Sch. und K. geführten, vorwiegend auf dem Gebiet der Aalräuchererei tätigen offenen Handelsgesellschaft. Die Gesellschaft war im Jahre 1930 von den Fischhändlern D. Sch. und H. K. gegründet worden. 1949 traten ihr als weitere persönlich haftende Gesellschafter deren Söhne, der Beklagte zu 1 und G. Sch., bei, der im Jahre 1964 nach dem Tode seines Vaters als zur Nachfolge in dessen Gesellschaftstellung berufener (Mit-)Erbe auch den bisher von diesem gehaltenen Gesellschaftsanteil übernahm. Am 12.6.1965 schlossen die nunmehrigen Gesellschafter H. K., der Beklagte zu 1 und G. Sch. einen neuen Gesellschaftsvertrag. Nach § 11 dieses Vertrages wird die Gesellschaft nicht durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst; der vom Verstorbenen zum Nachfolger in seine Gesellschaftstellung bestimmte Erbe hat das Recht, binnen drei Monaten zu entscheiden, ob er in der Gesellschaft bleiben oder unter Abfindung ausscheiden will. Nach dem Ableben von H. K. im Jahre 1983 waren alleinige Gesellschafter mit je hälftiger kapitalmäßiger Beteiligung G. Sch. und der Beklagte zu 1. Am 15.12.1985 starb auch G. Sch. Als seine Ehefrau, alleinige Erbin und Nachfolgerin in seine Gesellschaftstellung trat die Klägerin mit einem den Beklagten am 27.12.1985 zugegangenen Schreiben von ihrem Recht Gebrauch gemacht, aus der Gesellschaft auszuschcheiden. Das Ausscheiden G. Sch. und der Klägerin sowie der inzwischen erfolgte Neueintritt der Beklagten zu 2 wurden am 16.1.1986 von den Beklagten zum Handelsregister angemeldet. In der Anmeldung heißt es, die Firma werde „unverändert fortgeführt“. Die Klägerin meldete ihrerseits ihr Ausscheiden am 29.1.1986 beim Handelsregister an. Am selben Tage beantragte sie die Eintragung der von ihr als persönlich haftende Gesellschafterin und von ihrer Tochter M.-L. Sch. als Kommanditistin gegründeten M. Sch. KG, die im wesentlichen denselben Gegenstand hat wie die Sch. und K. OHG.

Die Klägerin hält die Fortführung der bisherigen Firma dieser offenen Handelsgesellschaft, der sie nicht zugestimmt hat, für unzulässig und begehrt, die Beklagten zu verurteilen, das Erlöschen der Firma „Sch. und K.“ zum Handelsregister anzumelden. Land- und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren bereits in den Vorinstanzen gestellten Klagabweisungsantrag weiter.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg. . . .

1. Allerdings ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, wenn es § 24 Abs. 2 HGB und nicht § 22 Abs. 1 HGB auch dann anwendet, wenn aus einer zweigliedrigen Gesellschaft einer der beiden Gesellschafter ohne Liquidation ausscheidet. Zwar läßt sich dieser Vorgang, weil dadurch das Unternehmen von einer Gesellschaft auf einen Alleininhaber übergeht, rechtlich als Wechsel des Unternehmensträgers auffassen. Die Interessenlage spricht jedoch auch in diesem Fall für die Anwendung des § 24 Abs. 2 HGB und nicht des § 22 Abs. 1 HGB. Die in der letztgenannten Vorschrift geregelten Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß der Erwerber an dem Unternehmen und damit auch an dem Firmenwert bislang keinen Anteil gehabt hat. Deshalb kann das Gesetz dem weichen Inhaber die Entscheidung freistellen, ob er das Unternehmen mit oder ohne Firma übertragen will. Anders ist die vom Gesetzgeber vorgefundene typische Ausgangslage im Falle des § 24 HGB. Da die verbleibenden Gesellschafter auch schon bisher an dem Vermögen des Unternehmens und damit auch an dem in der Firma verkörperten

Wert beteiligt waren, muß das Gesetz einen Ausgleich zwischen ihrem Interesse an der Beibehaltung der Firma und demjenigen des Ausscheidenden, ihnen diese Weiterführung zu untersagen, herbeiführen. Diesen Interessenausgleich vollzieht das Gesetz in der Weise, daß § 24 Abs. 2 HGB das Recht zur Firmenfortführung nur dann von der Einwilligung des Ausscheidenden abhängig macht, wenn gerade sein Name in der Firma enthalten ist. Da diese Interessenlage keine wesentlich andere ist, wenn nach dem Ausscheiden des Gesellschafters nur ein Gesellschafter zurückbleibt, ist es, wie das Berufungsgericht zutreffend (gegen *Hüffer* in *Staub*, HGB 4. Aufl. § 24 Anm. 10; vgl. aber auch *dens.* in ZGR 1986, 137, 138 ff.) ausgeführt, gerechtfertigt, auch auf diesen Fall — nicht anders als beim Verbleiben von zwei oder mehr Gesellschaftern — die auf namensrechtliche Gesichtspunkte abstellende Regelung des § 24 Abs. 2 HGB anzuwenden. Im Einklang damit hat der Senat schon in seiner Entscheidung vom 9.7.1984 (BGHZ 92, 79 [= MittBayNot 1984, 265 = DNotZ 1986, 27]), wenn auch damals ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit dieser Frage, das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft allein unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 24 Abs. 2 HGB behandelt.

2. Dagegen kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, wenn es jedem Gesellschafter, der als Erbe in die Gesellschaft eingetreten und Träger eines in der Gesellschafts-firma enthaltenen Familiennamens ist, mit Blick auf die aus § 19 HGB für ihn bei seinem Eintritt folgende „Zwangslage“ das Recht zusprechen will, der Gesellschaft bei seinem Ausscheiden die Weiterführung ihrer Firma zu verbieten. Die darin liegende erweiterte Auslegung des § 24 Abs. 2 HGB beruht auf einer einseitigen Bevorzugung des Interesses des ausscheidenden Gesellschafters an der späteren wirtschaftlichen Verwertung des Namens vor dem schutzwürdigen Interesse der Gesellschaft an der Fortführung ihrer Firma, unter der sie sich wirtschaftliche Geltung erworben hat. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 16.2.1987 (BGHZ 100, 75, 80 f. [= MittBayNot 1987, 159]), mit der sich das Berufungsgericht nicht auseinandersetzt, mit eingehender Begründung klargestellt hat, können jedoch die einem ausscheidenden Gesellschafter, der einen auch in der Gesellschafts-firma enthaltenen Familiennamen führt, bei einer späteren eigenen Firmenbildung möglicherweise aus §§ 18, 19 HGB erwachsenden Schwierigkeiten für sich allein kein hinreichender Grund für die Anwendung des § 24 Abs. 2 HGB sein, wenn nicht eine besonders enge Beziehung des Ausscheidenden zu der Gesellschafts-firma hinzutritt, die es rechtfertigt, seinem Interesse an der zukünftigen Nutzung seines Namens den Vorrang vor demjenigen der Gesellschaft an der Weiterführung ihrer Firma, d. h. ihres Namens, zu geben. Diese Bedingung ist grundsätzlich nur dann erfüllt, wenn der ausscheidende Gesellschafter der Gesellschaft seinen Namen gegeben hat, also ihr „Namensgeber“ oder „Firmenstifter“ gewesen ist. Allein er ist deshalb regelmäßig im Sinne des § 24 Abs. 2 HGB derjenige, „dessen Name in der Firma enthalten ist“. Dies entspricht auch dem herkömmlichen Verständnis (vgl. RG Gruchot, 36 [1892] 1152 = JW 1891, 473; BayObLG JW 1931, 29, 98; *Heymann/Kötter*, HGB 21. Aufl. § 24 Anm. 8; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB 5. Aufl. § 24 Rdnr. 6; *Staub/Hüffer* aaO § 24 Rdnr. 16; a. A. anscheinend neuerdings *Hüffer* ZGR 1986, 137, 143), wonach unter diese Norm nur der Name fällt, der zur Bezeichnung der Persönlichkeit des ausscheidenden Gesellschafters dient und als solcher in der Firma enthalten ist. In seiner Person verkörpert sich eine so enge Beziehung

zu der Gesellschaftsfilma, daß es gerechtfertigt ist, seinem Interesse an der zukünftigen ungehinderten wirtschaftlichen Nutzung des Namens den Vorrang vor dem Bestandsinteresse der Gesellschaft an dem Weitergebrauch ihrer Firma einzuräumen. Da er der Gesellschaft seinen Namen gegeben hat, wird ihm auch das Recht zugestanden, ihn bei seinem Ausscheiden „mitzunehmen“. Dieses Recht geht bei seinem Ausscheiden durch Todesfall auf seinen Erben über, der aber dadurch nicht selber zum Namensgeber der Gesellschaft wird; denn die Gesellschaft führt den Namen, und zwar als Namen eines anderen, des Erblassers, der mit demjenigen des Erben nicht einmal notwendigerweise identisch sein muß, bereits in ihrer Firma. Dagegen fällt unter § 24 Abs. 2 HGB nicht der Name, welcher mit dem Namen des Austretenden zwar ganz oder teilweise (z. B. nur im Familien-, nicht aber im Vornamen) übereinstimmt, nicht aber als sein Name in die Firma aufgenommen worden ist. Das Recht, bei seinem Ausscheiden über die Weiterverwendung des Namens zu befinden, hat mithin nur derjenige (oder statt seiner sein Erbe), der seinen Namen in die Firma eingebracht hat; späteren Trägern desselben Namens oder ihren Erben steht dieses Recht im Interesse der Firmenkontinuität nicht mehr zu. Der Konflikt zwischen dem Interesse des Unternehmens an der Weiterführung seiner Firma, die, wenn das Unternehmen unter dieser Firma Marktgeltung erworben hat, einen erheblichen wirtschaftlichen Wert darstellen kann, und dem Interesse des Namensgebers, über die künftige Verwendung seines Namens zu verfügen, das insbesondere von Bedeutung sein kann, wenn er sich selber kaufmännisch betätigen will (§§ 18, 19 HGB), wird also bei Ausscheiden des Namensträgers zugunsten des Namensträgers entschieden, wenn dieser selber der Firmengründer war. In allen anderen Fällen wird dieser Konflikt zugunsten der Gesellschaft entschieden, weil der Name auch ihr Name ist und sie ihm Geltung verschafft hat. Würde man das Entscheidungsrecht jedem, der den gleichen Namen wie der Firmengründer führt und ihm als Erbe in die Gesellschaft nachgefolgt ist, und damit jeder Generation gleichen Namens, erneut zubilligen, so würde der Name der Gesellschaft über Generationen hinweg zur Disposition gestellt, solange noch ein Träger desselben Familiennamens an der Firma beteiligt ist, der seinen Namen von dem Firmengründer ableitet, was den Grundsatz der Firmenkontinuität weitgehend beseitigen und zur Vernichtung erheblicher wirtschaftlicher Werte führen könnte. Das Interesse eines aus der Gesellschaft ausscheidenden Trägers desselben Namens an der künftigen freien Verwendung desselben für die Gründung eines eigenen Unternehmens muß dahinter zurücktreten. Mit diesem Normenverständnis war es noch vereinbar, wenn der Senat in BGHZ 92, 79 auch denjenigen als Firmengründer angesehen hat, der sein als Einzelkaufmann ererbtes (früher einmal als Gesellschaft geführtes) Unternehmen in eine mit einem außenstehenden Dritten gegründete Gesellschaft eingebracht hatte und nun nach seinem Ausscheiden aus dieser Gesellschaft über den in der Firma enthaltenen Familiennamen, der auch sein eigener war, wieder zur Gründung eines neuen eigenen Unternehmens verfügen wollte. Da er den mit seinem eigenen Familiennamen identischen Namen bei ihrer Gründung in die Gesellschaft eingebracht hatte, erschien es von der Interessenslage her berechtigt, ihn insoweit als Firmengründer zu behandeln und auch ihm den Schutz des § 24 Abs. 2 HGB angedeihen zu lassen. Wie der Senat jedoch ebenfalls bereits in seiner Entscheidung vom 16.2.1987 (aaO) klargestellt hat, handelte es sich dabei um einen Ausnahmefall, der aus der

besonderen vorstehend beschriebenen Ausgangs- und Interessenlage her verstanden werden muß und nicht als Aufgabe der herkömmlichen Auslegung des § 24 Abs. 2 HGB mißdeutet werden darf, was mit der hinter dieser Norm stehenden gesetzlichen Interessenbewertung unvereinbar wäre.

Da es dazu keiner weiteren tatrichterlichen Feststellungen bedarf, kann der Senat den Rechtsstreit selber entscheiden. Namensgeber (Firmengründer) war D. Sch., der Schwiegervater der Klägerin. Nach seinem Tode im Jahre 1964 hätten seine Kinder, G. Sch. und seine Geschwister, als seine Erben nach § 24 Abs. 2 HGB das Recht gehabt, ihre Zustimmung zur Fortführung des Familiennamens ihres Vaters zu verweigern. Dies ist, wie die Fortführung des Unternehmens mit unveränderter Firma bis zum Tode G. Sch. im Jahre 1985 zeigt, unzweifelhaft nicht geschehen. Nach dem Tode G. Sch. steht seiner Witwe, der Klägerin, als seiner Erbin dieses Recht nicht erneut zu. Das Recht ihres Mannes, als Erbe des Firmengründers die Fortführung des in der Firma enthaltenen Familiennamens „Sch.“ zu untersagen, fällt ihr nicht an, weil dieses Recht ihres Mannes schon zu seinen Lebzeiten dadurch erloschen ist, daß er und seine Geschwister es im Sinne der Fortführung der Firma ausgeübt haben. In der Person ihres Mannes konnte es nicht neu entstehen und von ihr ererbt werden, weil ihr Mann nicht Firmengründer war. Ebenso wenig steht es ihr als ausscheidendem Gesellschafter zu. Danach ist die Klage unter Aufhebung des Berufungsurteils abzuweisen.

#### 21. GmbHG § 5 (Festsetzung der Gründungskosten in der Satzung einer GmbH)

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

BGH, Beschluß vom 20.2.1989 — II ZB 10/88 — mitgeteilt von Notar *Dr. Eick Vassel*, Aichach und *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

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

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

Mit Zwischenverfügung vom 2.3.1988 beanstandete das Registergericht die Anmeldung u. a. deshalb, weil diese Satzungsbestimmung den von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwand nicht betragsmäßig festsetze. Dementsprechend wies das Landgericht die hiergegen gerichtete Beschwerde als unbegründet zurück. Dagegen wendet sich der Geschäftsführer mit der durch den verfahrensbevollmächtigten Notar eingelegten weiteren Beschwerde, der das BayObLG insoweit stattgeben möchte, als in der vom Landgericht bestätigten Zwischenverfügung des Amtsgerichts verlangt worden ist, auch die Notar- und Gerichtskosten für die Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft sowie die anfallende Gesellschaftsteuer betragsmäßig aufzunehmen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse der Oberlandesgerichte Hamm vom 27.10.1983 (GmbHR 1984, 155 f. [= DNotZ 1984, 509]) und Düsseldorf vom 28.2.1986 (GmbHR 1987, 59 f.) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Vorlage gemäß § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. (Wird ausgeführt).

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Allerdings ist nicht der Geschäftsführer antrags- und beschwerdeberechtigt; vielmehr steht dieses Recht der GmbH selbst zu (vgl. Senatsbeschluss v. 24.10.1988 — II ZB 7/88, WM 1988, 1819 [= MittBay-Not 1989, 33 Ls. = DNotZ 1989, 102 mit Anm. Baums]).

Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet.

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

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

2. Dieser Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

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

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

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

c) In der Regelung des Ausgleichs bei vorausgesetzter Gesamtschuld zwischen Aktiengesellschaft und ihren Gründungsaktionären erschöpft sich die Bedeutung des § 26 Abs. 2 AktG jedoch nicht. Vielmehr ist die Verteilung der Kosten — entgegen der Ansicht von Hüffer (JuS 1983, 160, 166) — Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der für alle Kapitalgesellschaften und damit auch für die GmbH verbindlich ist. § 26 Abs. 2 AktG soll im Interesse der Gläubiger der Aktiengesellschaft und der Aktionäre sicherstellen, daß in der Satzung offengelegt wird, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist. Soweit die Offenlegung unterbleibt, entfällt eine Vorbelastung; wird vielmehr der Aufwand — unabhängig, ob ihn im Außenverhältnis die Aktiengesellschaft oder die Gründer schulden — im Innenverhältnis ausschließlich diesen auferlegt (vgl. Barz in Grobkomm. z. AktG, 3. Aufl., § 23 Anm. 28; § 26 Anm. 10; § 36 Anm. 15; Kraft in Kölner K. z. AktG, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 24, § 36 Rdnr. 29). Die Gläubiger und Gesellschafter der GmbH, die von den Vorbelastungen keine Kenntnis haben, sind in gleicher Weise schutzbedürftig (vgl. Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl., § 5 Rdnr. 173). Zwar ist der auf Übernahme des § 26 AktG ins GmbH-Recht zielende § 5 a des Regierungsentwurfs zur Änderung des GmbH-Gesetzes von 1977 (BT-Drucks. 8/1347, S. 4) nicht Gesetz geworden; aus der Entstehungsgeschichte der GmbH-Novelle 1980 ist aber zu entnehmen, daß der Gesetzgeber von der analogen Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG ausging (Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 8/3908, S. 70). Die sich aus § 9 a Abs. 1 GmbHG ergebende Verpflichtung, Vergütungen zu ersetzen, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen worden sind, setzt als selbstverständlich voraus, daß die Gesellschaft für diesen Aufwand nur aufzukommen hat, soweit die Satzung das vorsieht. Hiervon Ausnahmen für die Kosten zuzulassen, für die — anders als im Aktienrecht — die GmbH nicht als Gesamtschuldnerin neben den Grün-

dem, sondern allein nach außen einzustehen hat, besteht kein Grund. Der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, im Interesse des Gläubigerschutzes in der Satzung offenzulegen, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist, wird nur erreicht, wenn der gesamte Aufwand ausgewiesen und nicht danach unterschieden wird, wer ihn im Außenverhältnis schuldet. Soweit die Satzung über den Gründungsaufwand nichts aussagt, sind deshalb entsprechend § 26 Abs. 2 AktG im Verhältnis zur GmbH die Gründer dessen alleinige Schuldner mit der Folge, daß sie im Außenverhältnis für Rechnung der GmbH zu leisten und dieser zu erstatten haben, was sie an Gründungsaufwand aufgebracht hat. Auch Schrifttum und Rechtsprechung bejahen überwiegend diese Erstattungspflicht und damit die uneingeschränkte Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG im Recht der GmbH als allein sachgerecht (vgl. *Ulmer* in *Hachenburg*, 7. Aufl. §§ 5 Rdnr. 172 ff.; 9 a Rdnr. 26, abweichend von der noch in der 7. Aufl., Rdnr. 160 f., vertretenen Ansicht; *Scholz/Winter*, GmbHG 7. Aufl. § 5 Rdnr. 113; *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 5 Rdnr. 55; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 12. Aufl. § 3 Rdnr. 29; *Meyer/Landrut* in *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG § 5 Rdnr. 54; § 7 Rdnr. 13; OLG Hamm GmbHR 1984, 155 [= DNotZ 1984, 509]; OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, 59; a. A. *Roweder-Rittner*, GmbHG § 5 Rdnr. 60; *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 5 Anm. 6; *Hüffer*, JuS 1983, 160, 166). Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß die Kosten der Anmeldung und die Gesellschaftsteuer in der Satzung ausgewiesen werden mußten, da die Gründer sie der GmbH anderenfalls hätten erstatten müssen.

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

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Mayer*, Die Übernahme des Gründungsaufwands durch die GmbH (in diesem Heft, S. 128).

22. HGB § 264 Abs. 1, § 267 Abs. 1 (*Frist zur Aufstellung des Jahresabschlusses in der Satzung einer kleinen Kapitalgesellschaft*)

**In der Satzung einer kleinen Kapitalgesellschaft kann grundsätzlich bestimmt werden, daß der Jahresabschluß spätestens bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Abschluß eines Geschäftsjahres aufzustellen ist, wenn dies einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entspricht.**

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Stuttgart, Beschluß vom 21.2.1989 — 8 W 583/88 — mitgeteilt von Notar *Dr. Rolf Hoffmann*, Völklingen (Saar)

#### Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin, bei der es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft i. S. von § 267 Abs. 1 HGB handelt, meldete durch den beauftragenden Notar die am 8.8.1988 beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrags zur Eintragung in das Handelsregister an. § 10 Abs. 1 des neu gefaßten Gesellschaftsvertrags lautet:

„Der Jahresabschluß ist von der Geschäftsführung innerhalb von drei Monaten, wenn dies einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entspricht, längstens zum Ablauf von sechs Monaten nach Abschluß eines Geschäftsjahres aufzustellen und zu unterzeichnen.“

Mit Verfügung vom 23.9.1988 verlangte das Registergericht die Änderung des § 10 des Gesellschaftsvertrags, da die Auffassung, daß eine Satzungsänderung erst erforderlich werde, wenn die Gesellschaft keine kleine Kapitalgesellschaft sei, nicht geteilt werde.

Hiergegen ließ die Antragstellerin Beschwerde einlegen. Diese Beschwerde, der das Registergericht nicht abhalf, wurde vom Landgericht zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Antragstellerin.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 29 FGG zulässig und begründet, da die Entscheidung des Landgerichts auf einer Gesetzesverletzung beruht (§§ 27 FGG, 550 ZPO).

Das Registergericht und das Landgericht sind zu Unrecht der Ansicht, daß § 10 des Gesellschaftsvertrags gegen § 264 Abs. 1 HGB verstoße.

Gem. § 264 Abs. 1 S. 2 HGB sind der Jahresabschluß und der Lagebericht von den gesetzlichen Vertretern in den ersten 3 Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr aufzustellen. Kleine Kapitalgesellschaften i. S. von § 267 Abs. 1 HGB dürfen jedoch gem. § 264 Abs. 1 S. 3 HGB den Jahresabschluß und den Lagebericht auch später aufstellen, wenn dies einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entspricht; diese Unterlagen sind jedoch innerhalb der ersten 6 Monate des Geschäftsjahres aufzustellen.

Die Fassung von § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags entspricht dieser den kleinen Kapitalgesellschaften in § 264 Abs. 1 S. 3 HGB eingeräumten Fristerleichterung. Da es sich bei der Antragstellerin um eine kleine Kapitalgesellschaft handelt und kein Anhalt für eine Größenänderung über die Merkmale einer kleinen Kapitalgesellschaft hinaus in absehbarer Zeit gegeben ist, hätte die Eintragung der Satzungsänderung ins Handelsregister vom Registergericht nicht von einer Änderung des § 10 des Gesellschaftsvertrags abhängig gemacht werden dürfen.

Zwar hat das Registergericht bei der Anmeldung einer GmbH zum Handelsregister oder von Änderungen des Gesellschaftsvertrags zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag gegen zwingendes formelles oder materielles Recht verstößt. Zu prüfen ist die materielle Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags insgesamt oder einzelner seiner Regelungen.

gen (*Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl., Ergänzungs-Bd., § 9 c, RdNr. 18, 19). Bei Verstößen gegen zwingendes Gesellschaftsrecht ist die Eintragung abzulehnen (§ 9 c GmbHG). Abgelehnt werden kann die Eintragung aber nur, wenn der Gesellschaftsvertrag im Zeitpunkt der Prüfung nicht mit zwingendem Gesellschaftsrecht in Einklang steht, nicht dagegen, wenn möglicherweise durch eine künftige Veränderung der Verhältnisse eine Unwirksamkeit von Einzelregelungen eintritt.

Der erkennende Senat hat schon in seinem in GmbH-Rdsch. 1967, 232 veröffentlichten Beschluß entschieden, daß es nicht Aufgabe des Registergerichts ist, bei der Prüfung des Gesellschaftsvertrags alle nur möglichen Fälle und denkbaren Konstellationen, mögen sie auch noch so entfernt liegen, zu berücksichtigen. Soweit Bestimmungen nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht gegen das Gesetz verstoßen und die Möglichkeit, daß eine Lage eintreten kann, in der sie unwirksam würden, unter Berücksichtigung des konkreten Falles gering ist, können sie eine Zurückweisung der Anmeldung nicht rechtfertigen. Unvorhergesehenen Ereignissen kann im Regelfall durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags Rechnung getragen werden.

Hieraus folgt, daß die Fassung von § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags, die bei einer kleinen Kapitalgesellschaft, um die es sich bei der Antragstellerin handelt, wirksam ist, die Ablehnung der Eintragung ins Handelsregister nicht rechtfertigen kann. Die rein theoretische Möglichkeit, daß die Antragstellerin die Merkmale einer kleinen Kapitalgesellschaft i. S. von § 267 Abs. 1 HGB künftig einmal überschreiten könnte, reicht für eine Ablehnung der Eintragung nicht aus.

### C.

#### Verwaltungsrecht

23. BBauG § 127 Abs. 1, § 133 Abs. 3, § 135 Abs. 5 (*Unzulässiger vertraglicher Verzicht auf Erschließungskosten zwischen Grundstückseigentümer und Gemeinde*)

**Ein Vertrag zwischen der Gemeinde und einem Grundstückseigentümer über dessen (teilweise) Verschonung vor der Belastung mit zukünftig entstehenden Erschließungskosten ist grundsätzlich nichtig. Etwas anderes gilt erstens für Ablösungsabreden, sofern zuvor ausreichende Bestimmungen i. S. des § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG getroffen wurden, und zweitens für Vereinbarungen, die unter den Voraussetzungen des § 135 Abs. 5 BBauG von einer Beitrags-erhebung absehen.**

BVerwG, Urteil vom 25.11.1988 — BVerwG 8 C 58.87 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks in H., das an die B.-Straße grenzt. Früherer Eigentümer des Grundstücks war die Firma H. AG als Rechtsnachfolgerin der B.-Gesellschaft. Letztere hatte die B.-Straße zusammen mit anderen Zechenstraßen auf ihr gehörenden Grundstücken angelegt, um dadurch die Errichtung von Wohnhäusern für die Beschäftigten von Schachtanlagen zu ermöglichen.

Mit Vertrag vom 28.5.1962 übereignete die Firma H. AG neben anderen Straßen die B.-Straße an die damalige Stadt B. In § 4 des Vertrags verpflichtete sie sich, für den noch erforderlichen Straßenausbau einen Betrag von 1.130.000 DM an die Stadt zu zahlen. Diese wiederum ging in § 6 Abs. 2 die Verpflichtung ein, Erschließungsbeiträge für die an die bisherigen Zechenstraßen angrenzenden Grundstücke von der

Firma H. AG, deren Erbbauberechtigten und Grundstückserwerberrn nicht zu erheben, sofern nicht die Straßenführung oder die Straßenbreite geändert werde.

Im Jahre 1974 ließ die Stadt B., deren Rechtsnachfolgerin später die Stadt H. wurde, u. a. an der B.-Straße einen Parkstreifen anlegen sowie die Bürgersteige an beiden Straßenseiten ausbauen; die Breite der B.-Straße blieb durch diese Maßnahme unberührt. Für die entstandenen Kosten zog der Beklagte den Kläger nach Maßgabe des § 8 KAG in Verbindung mit der Straßenbaubeitragsatzung der Stadt H. vom 4.7.1979 mit Bescheid vom 30.10.1979 zu einem Straßenbaubeitrag in Höhe von 2.737,93 DM heran. Der nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht durch Urteil vom 3.5.1984 stattgegeben. Die dagegen vom Beklagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht durch Urteil vom 19.12.1986 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er die Verletzung von Bundesrecht rügt.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision des Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die abschließende Beurteilung erfordert weitere tatsächliche Feststellungen; das nötigt zur Zurückverweisung.

Der Beklagte hat den Kläger durch Bescheid vom 30.10.1979 zu einem Beitrag für die Kosten einer im Jahre 1974 an der B.-Straße durchgeführten Ausbaumaßnahme (Plattierung der Bürgersteige und Anlegung eines Parkstreifens) herangezogen. Die Beantwortung der Frage, ob dieser Bescheid entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund des bundesrechtlichen Erschließungsbeitragsrechts rechtmäßig ist, richtet sich nach den Vorschriften des Bundesbaugesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.8.1976 (BGBl. I S. 2256) — BBauG — ungeachtet dessen, daß am 1.7.1987 das Gesetz über das Baugesetzbuch vom 8.12.1986 (BGBl. I S. 2191) in Kraft getreten ist (vgl. u. a. Urteil vom 24.9.1987 — BVerwG 8 C 75.86 — BVerwGE 78, 125 [126]).

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, bei der vom Beklagten abgerechneten Baumaßnahme handele es sich nicht um eine nach dem landesrechtlichen Straßenbaubeitragsrecht zu beurteilende Verbesserung der B.-Straße im Sinne des § 8 Abs. 2 KAG, sondern um eine nach dem Erschließungsbeitragsrecht zu beurteilende Maßnahme im Rahmen der erstmaligen endgültigen Herstellung dieser Anbaustraße. Die B.-Straße sei nämlich weder eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne des § 180 Abs. 2 BBauG noch habe sie vor dem hier in Rede stehenden Ausbau einen Zustand erreicht gehabt, der den Anforderungen einer wirksamen satzungsmäßigen Merkmalsregelung entsprochen habe. Das begegnet auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts keinen bundesrechtlichen Bedenken. Da das von den Beteiligten im Revisionsverfahren nicht in Zweifel gezogen wird, erübrigt sich eine Vertiefung.

Gleichwohl — so hat das Berufungsgericht erkannt — sei der Beklagte gehindert, für den Ausbau der B.-Straße vom Kläger einen Erschließungsbeitrag zu verlangen. Dies ergebe sich aus § 6 Abs. 2 des am 28.5.1962 zwischen der Stadt B., der Rechtsvorgängerin der Stadt H. und der Firma H. AG abgeschlossenen Vertrags. Danach habe sich die Stadt gegenüber der genannten Firma als Eigentümerin von Grundstücken sowie ihren Rechtsnachfolgern im Eigentum, zu denen u. a. der Kläger gehört, verpflichtet, für die erstmalige endgültige Herstellung einer Reihe von ehemaligen

Zechenstraßen keine Erschließungsbeiträge zu erheben, sofern — was hier nicht der Fall sei — Straßenführung und Straßenbreite nicht geändert werde. Zu diesen Straßen zähle auch die B-Straße. Diese Auslegung des § 6 Abs. 2 des Vertrags vom 28.5.1962 durch das Berufungsgericht ist entgegen der Ansicht der Revision bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

Die tatsächengerichtliche Auslegung einer Willenserklärung oder eines Vertrags unterliegt im Revisionsverfahren nur in beschränktem Umfang der Überprüfung. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach § 137 Abs. 2 VwGO an die im angegriffenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden. Bei der Feststellung des „gewollten Inhalts einer Erklärung der in Rede stehenden Art handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung im Sinne des § 137 Abs. 2 VwGO. Die sich daraus ergebende Bindung tritt nur dann nicht ein, wenn die vom Tatsachengericht vorgenommene Auslegung einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze, Denkgesetze oder Auslegungsregeln erkennen läßt (vgl. u. a. Urteil vom 19.2.1982 — BVerwG 8 C 27.81 — BVerwGE 65, 61 [69]). Das trifft hier selbst nach dem Vorbringen der Revision nicht zu.

Das angefochtene Urteil läßt sich gleichwohl so nicht halten. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sichern nicht, daß § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG genügt ist: Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung des § 4 des Vertrags vom 28.5.1962, in dem sich die Firma H. AG verpflichtet hat, für den noch erforderlichen Ausbau der ehemaligen Zechenstraßen einen Betrag von 1 130 000 DM an die Stadt zu zahlen, den Vertrag in seinem hier interessierenden, die §§ 4 und 6 umfassenden Teil als eine Vereinbarung verstanden, durch die die Deckung der für die erstmalige endgültige Herstellung der ehemaligen Zechenstraßen einschließlich der B-Straße (noch) entstehenden Erschließungskosten geregelt werden sollte; es hat — wie den Gründen seiner Entscheidung zu entnehmen ist — die Vereinbarung insoweit als einen Ablösungsvertrag gewertet. Da es diesen Ablösungsvertrag für wirksam gehalten hat, ohne Feststellungen dazu getroffen zu haben, ob die Stadt B. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 1962 ausreichende „Bestimmungen über die Ablösung“ (§ 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG) getroffen hatte, muß es angenommen haben, eine Ablösungsvereinbarung sei — überhaupt oder doch zumindest im vorliegenden Fall — auch dann rechtswirksam, wenn es an Ablösungsbestimmungen fehle. Diese Annahme widerspricht § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG.

Das Bundesverwaltungsgericht hat aus § 127 Abs. 1 BBauG i. V. m. § 132 BBauG hergeleitet, daß die Gemeinden zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen verpflichtet sind (u. a. Urteil vom 18.11.1977 — BVerwG IV C 104.74 — Buchholz 406.11 § 135 BBauG Nr. 10 S. 7 [9]); es hat darüber hinaus diesen Vorschriften entnommen, daß die Gemeinden Erschließungskosten nicht durch vertragliche Vereinbarungen mit den Anliegern auf diese abwälzen dürfen, sondern gehalten sind, die Kosten durch Beitragserhebung aufgrund einer Ortssatzung zu decken (u. a. Urteil vom 23.4.1969 — BVerwG IV C 15.67 — Buchholz 406.11 § 132 BBauG Nr. 4 S. 1 [3]). Das ist Gegenstand eines gesetzlichen Verbots, von dem § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG eine Ausnahme zuläßt. Diese Vorschrift gestattet den Gemeinden, Verträge „über die Ablösung des Erschließungsbeitrags im ganzen (bereits) vor Entstehung der Beitragspflicht“ abzuschließen. Das setzt jedoch das Vorhandensein entsprechender „Bestimmungen“ voraus. Solange ausreichende Ablösungsbestimmungen

nicht getroffen sind, gilt das gesetzliche Verbot des Abschlusses von Vereinbarungen über Erschließungskosten mit der Folge, daß ein gleichwohl abgeschlossener Ablösungsvertrag wegen Verstoßes gegen dieses Verbot nichtig ist (u. a. Urteil vom 27.1.1982 — BVerwG 8 C 24.81 — BVerwGE 64, 361 [364]).

Der Kläger macht geltend, daß das zwar im allgemeinen richtig sei, dennoch aber die Wirksamkeit der Ablösungsvereinbarung vom Mai 1962 nicht vom Vorliegen ausreichender Ablösungsbestimmungen abhängt. Da die ehemaligen Zechenstraßen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch im Eigentum der Firma H. AG gestanden hätten, entziehe sich der Vertrag einer Beurteilung anhand der §§ 127 ff. BBauG. Das geht fehl. Die Tatsache, daß die vom Vertrag erfaßten Zechenstraßen bei Abschluß des Vertrags noch keine gemeindlichen Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 Abs. 2 Nr. 1 BBauG waren, ändert nichts an dem erschließungsbeitragsrechtlich relevanten Inhalt des Vertrags: Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts soll der Vertrag die Stadt hindern, zukünftig entstehende Erschließungskosten auf die Firma H. AG bzw. auf bestimmte Dritte abzuwälzen. Mit diesem Inhalt muß sich der Vertrag an den gesetzlichen Bestimmungen über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen messen lassen.

Ebensowenig kann dem weiteren Vorbringen des Klägers gefolgt werden, angesichts des mit dem Erlaß von Ablösungsbestimmungen verfolgten Zwecks, im Interesse der Abgabengerechtigkeit und Abgabengleichheit eine möglichst gleichmäßige Handhabung aller Ablösungsfälle sicherzustellen, habe es hier keiner Ablösungsbestimmung bedurft, weil der Vertrag vom 28.5.1962 nicht einzelne Grundstücke, sondern ein ganzes Gebiet betreffe und schon dies die Gleichbehandlung gewährleiste. Abgesehen davon, daß es an tatsächlichen Feststellungen fehlt, um beurteilen zu können, ob sich die Ablösungsabrede hier auf alle durch die vom Vertrag erfaßten Straßen oder auch nur auf alle zum Beispiel durch die B-Straße erschlossenen Grundstücke bezieht, trifft die Annahme des Klägers nicht zu, die gesetzliche Forderung nach Ablösungsbestimmungen als Voraussetzung für den Abschluß von wirksamen Ablösungsvereinbarungen verfolge ausschließlich das Ziel, eine möglichst gleichmäßige Behandlung aller an einem konkreten Ablösungsphänomen beteiligten Grundstückseigentümer untereinander zu erreichen. Der Zwang zum Erlaß von Ablösungsbestimmungen dient im Interesse der Abgabengerechtigkeit und Abgabengleichheit einer möglichst gleichmäßigen Belastung aller Grundstückseigentümer einer Gemeinde und damit einer angemessenen gleichmäßigen Belastung insbesondere auch im Verhältnis zwischen den Grundstückseigentümern, mit denen die Gemeinde Ablösungsvereinbarungen abschließt, und denen, mit denen (aus welchen Gründen immer) Ablösungsverträge nicht zustande kommen.

Schließlich rechtfertigt die vom Kläger geäußerte Ansicht nicht die Zurückweisung der Revision, der zum Vertrag vom 28.5.1962 ergangene Zustimmungsbeschluß des Rates der Stadt B. vom 15.6.1962 und die vom Landkreis erteilte Genehmigung vom 30.11.1962 hätten die allgemeinen Bestimmungen im Sinne des § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG ersetzt und in entsprechender Anwendung der §§ 309, 308 BGB eine nachträgliche Heilung des der Ablösungsvereinbarung ursprünglich anhaftenden Mangels zur Folge. Zwar räumt nach den auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend anwendbaren §§ 309, 308 Abs. 1 BGB der nachträgliche Wegfall eines

gesetzlichen Verbots die Nichtigkeitsfolge (vgl. § 134 BGB) aus, wenn die Vertragspartner bei Abschluß des Vertrags übereinstimmend den Wegfall des Verbots ins Auge gefaßt hatten und die vereinbarte Leistung für die Zeit nach dem Wegfall des Verbots vorgesehen wurde (vgl. Urteil vom 27.1.1982 — BVerwG 8 C 99.81 — Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 80 S. 24 [25]). Das führt hier jedoch schon mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht weiter. Denn festgestellt ist weder, ob Zustimmungsbeschluß und Genehmigung ihrem Inhalt nach als auf gerade das vom Vertrag erfaßte Stadtgebiet beschränkte ausreichende Ablösungsbestimmungen angesehen werden können, noch, ob die Vertragspartner seinerzeit übereinstimmend den Wegfall des gesetzlichen Verbots ins Auge gefaßt und die (in § 4 des Vertrags) vereinbarte Leistung für die Zeit nach dem Wegfall des Verbots vorgesehen haben.

Das angegriffene Urteil wäre gleichwohl im Ergebnis mit der Folge richtig, daß die Revision zurückzuweisen ist (§ 144 Abs. 4 VwGO), wenn entweder angenommen werden dürfte, § 6 Abs. 2 des Vertrags vom 28.5.1962 enthalte entsprechend dem Vortrag des Klägers nicht eine Ablösungs-, sondern eine von § 135 Abs. 5 BBauG gedeckte Verzichtsabrede, oder wenn der angefochtene Bescheid entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts schon deshalb aufzuheben sein sollte, weil er zu Unrecht auf das Straßenbaubeitragsrecht gestützt worden ist. Beides ist indes nicht der Fall.

Es ist dem Kläger zugestehen, daß auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts der Schluß nicht fernliegt, § 6 Abs. 2 des Vertrags vom 28.5.1962 stehe in keinem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dessen § 4, in § 6 Abs. 2 sei vielmehr schlicht ein Verzicht auf eine Erschließungsbeitragserhebung vereinbart worden; doch mag das auf sich beruhen. Selbst wenn dem zu folgen sein sollte, wäre diese Abrede als eine von der in § 127 Abs. 1 BBauG angeordneten Beitragserhebungspflicht abweichende Vereinbarung nichtig, es sei denn, sie wäre ausnahmsweise vom Gesetz, und das heißt hier: von § 135 Abs. 5 BBauG, gedeckt (vgl. u. a. Urteil vom 22.8.1975 — BVerwG IV C 7.73 — BVerwGE 49, 125 [128]). Ob letzteres zutrifft, läßt sich gegenwärtig ungeachtet dessen nicht sagen, daß nach den Gesamtumständen des Falles einiges für diese Annahme spricht. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, abschließend beurteilen zu können, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, von denen mit Blick namentlich auf das vom Kläger hervorgehobene Merkmal des öffentlichen Interesses die Wirksamkeit einer vorzeitigen Beitragsfreistellung (§ 135 Abs. 5 Satz 2 BBauG) abhängig ist. . . .

#### 24. GrdstVG § 1 (Voraussetzungen für die Annahme eines landwirtschaftlichen Grundstücks i. S. d. GrdstVG)

**Die Qualität als landwirtschaftliches Grundstück hängt von der Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung ab. Entscheidend für diese Eignung ist, ob das im Zeitpunkt der Veräußerung landwirtschaftlich nicht nutzbare Grundstück durch normale landwirtschaftliche Bearbeitungsmaßnahmen in landwirtschaftliche Kultur gebracht werden kann.**

BGH, Beschluß vom 22.12.1988 — BLw 15/87 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 4.7.1985 verkaufte der Beteiligte zu 1 an die Beteiligten zu 2 und 3 zum Erwerb hälftigen Miteigentums ein Grundstück zum Preis von 65.310 DM.

Das Grundstück ist — ebenso wie die Nachbargrundstücke — in seiner derzeitigen Beschaffenheit landwirtschaftlich nicht nutzbar. Es wurde nach erfolgtem Kiesabbau noch in den sechziger Jahren mit ungeeignetem Material (u. a. Gießereisand) aufgefüllt. Im Flächennutzungsplan ist das Grundstück als landwirtschaftliche Fläche ausgewiesen. Die Gemeinde H. ist bestrebt, die „im Gewann H.“ gelegenen und landwirtschaftlich nicht nutzbaren Grundstücke der landwirtschaftlichen Nutzung wieder zuzuführen. Auf den Flurstücken betreibt eine Firma M. GmbH eine behördlich genehmigte Schuttauflösungsanlage. Die Betreiberin hat in dem bis zum 31.12.1997 laufenden (und sich jeweils um fünf Jahre verlängernden) Pachtvertrag die Verpflichtung zur Rekultivierung des Grundbesitzes übernommen.

Die landwirtschaftliche Genehmigungsbehörde hat die Genehmigung des Kaufvertrages vom 4.7.1985 verweigert. Das Landwirtschaftsgericht hat diese Entscheidung bestätigt.

Auf die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das Oberlandesgericht festgestellt, daß die Veräußerung des Grundstücks nicht der Genehmigung nach § 2 GrdstVG bedürfe.

Die hiergegen gerichtete — zugelassene — Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

#### Aus den Gründen:

Die nach §§ 32, 24 Abs. 1 LwVG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Die rechtsgeschäftliche Veräußerung des hier fraglichen Grundbesitzes bedarf nicht der Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Nach § 1 GrdstVG gelten die Bestimmungen über die Genehmigungspflicht nur für landwirtschaftliche und forstwirtschaftliche Grundstücke sowie für Moor- und Ödland, welches in land- oder forstwirtschaftliche Kultur gebracht werden kann.

Das Beschwerdegericht hat fehlerfrei die Erfüllung dieser Voraussetzungen für das hier fragliche Grundstück verneint.

Die Qualität als landwirtschaftliches Grundstück hängt von der Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung ab (vgl. BGH, Beschl. v. 14.5.1981, V. BLw 30/80, LM GrdstVG § 1 Nr. 2 [= MittBayNot 1981, 190 = DNotZ 1981, 769]).

Das hier fragliche Grundstück ist nach den zutreffenden, und auch von den Beteiligten nicht in Frage gestellten Feststellungen des Beschwerdegerichtes nach erfolgter Kiesausbeute und der Verfüllung mit ungeeignetem Material seit den sechziger Jahren im jetzigen Zeitpunkt nicht zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet. Es kann auch nicht durch landwirtschaftliche Maßnahmen wie Pflügen, Eggen, Düngen, Be- und Entwässerung in landwirtschaftliche Kultur zurückverwandelt werden. Notwendig wäre vielmehr das Auskoffern des vor mehr als 28 Jahren eingebrachten Gießereirückstandes und die Verfüllung mit zur landwirtschaftlichen Nutzung geeigneter Erde.

Eine solche Behandlung ist bei jedem Teil der Erdoberfläche möglich. So könnten z. B. Straßenland und Gewerbegebiete in eine landwirtschaftliche Nutzung zurückgeführt werden. Bei einer solchen Betrachtungsweise wäre nahezu jede rechtsgeschäftliche Veräußerung genehmigungsbedürftig, da ursprünglich landwirtschaftlich nutzbares Gelände stets wieder einer landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt werden könnte. Die für die Anwendung des Grundstückverkehrsgesetzes entscheidende Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung ist nicht absolut und naturwissenschaftlich zu sehen. Entscheidend ist vielmehr, ob das im Zeitpunkt der

Veräußerung landwirtschaftlich nicht nutzbare Grundstück durch normale landwirtschaftliche Bearbeitungsmaßnahmen in landwirtschaftliche Kultur gebracht werden kann.

Die Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse, die für die Qualität des Grundstückes maßgebend sind, obliegt dem Tatrichter. Im vorliegenden Fall hat das Beschwerdegericht die rechtlichen Grundlagen nicht verkannt. Es ist vielmehr unter Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse und der zur Schaffung von landwirtschaftlicher Nutzfläche erforderlichen Maßnahmen fehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, daß das hier fragliche Grundstück nicht von § 1 GrdstVG erfaßt wird.

D.

#### Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

25. ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (Zur Reichweite einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung)

**Zur Reichweite der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde, in welcher der Schuldner eine vorhandene Bürgschaftsschuld bestätigt.**

(Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 8.12.1988 — IX ZR 14/88 —

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte betreibt als Rechtsnachfolger der D. Bank AG die Zwangsvollstreckung gegen die Kläger aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars P. vom 26.11.1984. Dagegen wenden sich die Kläger mit der Vollstreckungsabwehrklage.

Die D-Bank gewährte der H.u.S. Verwaltungsgesellschaft mbH A. Eigenheimbauträger KG (im folgenden: Firma H.u.S.) ein Darlehen von 5.000.000 DM zum Erwerb eines Grundstücks. Aus diesem Anlaß übernahmen die Kläger, die als Kommanditisten an der Firma H.u.S. beteiligt waren, gegenüber der D-Bank die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Verbindlichkeiten der Firma H.u.S. aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung bis zum Höchstbetrag von 350.000 DM zuzüglich Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten. 1984 kündigte die D-Bank den Kredit und nahm die Klägerin aus der Höchstbetragsbürgschaft gerichtlich in Anspruch. Diese ließen daraufhin am 26.11.1984 durch den Notar P. ein vollstreckbares Schuldanerkenntnis beurkunden, welches auszugsweise lautet:

„Wir anerkennen, aufgrund einer Höchstbetragsbürgschaft vom 4.12.1980

der D-Bank AG ...

einen Betrag in Höhe von 350.000 DM ... zzgl. 8% Zinsen vom 1.10.1984 ab als Gesamtschuldner zu schulden. Die Bürgschaftsverpflichtung ist übernommen für die H.u.S. A-Eigenheimbauträger GmbH & Co. KG ...

Wegen des v. g. Schuldbetrages nebst Zinsen unterwerfen wir uns der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde gegen jeden von uns als Gesamtschuldner über die volle Summe ohne den Nachweis der Fälligkeit jederzeit zulässig ist ...“

Die Kläger verhandelten mit der D-Bank über eine Ablösung ihrer Bürgschaftsverpflichtung durch ein langfristiges Darlehen. Nachdem der Beklagte, der aufgrund einer Vereinbarung vom 28.2./6.3.1985 anstelle der Kläger als Gesellschafter in die Firma H.u.S. eingetreten war, sich zur Stellung von Sicherheiten für das Darlehen bereit erklärt hatte, gewährte die D-Bank den Klägern am 18.3.1985 einen gewerblichen Anschaffungskredit von 364.408 DM, der mit 8,5% jährlich zu verzinsen und mit 3.644,10 DM monatlich binnen 15 Jahren zu tilgen war. Den Kreditbetrag schrieb die D-Bank vereinbarungsgemäß dem Kreditkonto der Firma H.u.S. gut.

Da die Kläger ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem Kreditvertrag nicht nachkamen, kündigte die D-Bank das Darlehen mit Schreiben vom 9.9.1985 und verwertete von dem Beklagten gestellte Sicherhei-

ten, aus denen sie voll befriedigt wurde. Ihre Rechte aus der vollstreckbaren Urkunde vom 26.11.1984 trat sie durch notariell beglaubigte Erklärung vom 27.9.1985 an den Beklagten ab, dem als Rechtsnachfolger der D-Bank die Vollstreckungsklausel erteilt wurde.

Die Kläger machen geltend, der Beklagte habe vorsätzlich die Zahlungsunfähigkeit der Firma H.u.S. herbeigeführt, um sie aus der Gesellschaft zu drängen. Seine Manipulationen hätten dazu geführt, daß die D-Bank sie als Bürgen in Anspruch genommen habe. Der Beklagte sei daher gemäß § 242 und § 826 BGB nicht berechtigt, sie aus dem Schuldanerkenntnis vom 26.11.1984 in Anspruch zu nehmen.

Ihre Vollstreckungsabwehrklage hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

Die nach den §§ 767, 795, 797 Abs. 4 und 5 ZPO zulässige Vollstreckungsabwehrklage ist sachlich gerechtfertigt. Auf die von den Klägern geltend gemachten Einwendungen aus den §§ 242, 826 BGB, die das Berufungsgericht als unbegründet angesehen hat, kommt es nicht an. Aus dem unstreitigen Tatsachenvortrag der Parteien in den Vorinstanzen ergibt sich nämlich, daß der in der vollstreckbaren notariellen Urkunde vom 26.11.1984 titulierte Anspruch aus einem anderen Grunde erloschen ist.

Die notarielle Urkunde vom 26.11.1984 enthält kein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. Anerkannt haben die Kläger vielmehr ihre Bürgschaftsschuld aus der Höchstbetragsbürgschaft vom 4.12.1980 in Höhe von 350.000 DM zuzüglich 8% Zinsen seit dem 1.10.1984. Durch das Anerkenntnis wurde keine neue Verbindlichkeit der Kläger begründet, sondern die vorhandene Bürgschaftsschuld lediglich bestätigt. Zusätzlich wurde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ein Vollstreckungstitel über die anerkannte Bürgschaftsschuld geschaffen. Das kann der Senat aufgrund des Inhalts der notariellen Urkunde vom 26.11.1984 selbst feststellen.

Der titulierte Bürgschaftsanspruch ist bereits in der Hand der D-Bank durch Erfüllung erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Diese hat nämlich den Klägern auf ihren Antrag vom 18.3.1985 ein Darlehen von 364.408 DM zur Verfügung gestellt und dieses vereinbarungsgemäß zur Ablösung der Bürgschaftsverbindlichkeit verwendet. Das ergibt sich daraus, daß sie den Darlehensbetrag dem Kreditkonto der Hauptschuldnerin, der Firma H.u.S., gutgeschrieben, also den von den Klägern verbürgten Kredit zurückgeführt hat. Die am 18.3.1985 begründete Darlehensverbindlichkeit der Kläger ist nicht etwa neben die fortbestehende Bürgschaftsverpflichtung getreten, hat sie vielmehr abgelöst und ersetzt. Der titulierte Bürgschaftsanspruch der D-Bank gegen die Kläger ist dadurch untergegangen.

Die vollstreckbare Urkunde vom 26.11.1984 stellt keinen Vollstreckungstitel für den am 18.3.1985 neu begründeten Darlehensanspruch der D-Bank gegen die Kläger dar. Diesen Anspruch haben die Kläger in der notariellen Urkunde nicht anerkannt und sich wegen dieses Anspruchs auch nicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Es ist auch weder festgestellt noch vorgetragen, daß die Kläger nachträglich mit der D-Bank eine Auswechslung der titulierten Bürgschaftsforderung gegen die Darlehensforderung vereinbart hätten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 30.9.1964 — V ZR 143/62, WM 1964, 1215, 1216; v. 23.11.1979 — V ZR 123/76, NJW 1980, 1050, 1051 [= MittBayNot 1980, 64]). Die notarielle Urkunde vom 26.11.1984 kann deshalb nicht dazu dienen, nunmehr den Darlehensanspruch gegen die Kläger im Wege der

Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Der titulierte Bürgschaftsanspruch ist mit der Ablösung durch das Darlehen erloschen und konnte demgemäß von der D-Bank nicht mehr auf den Beklagten übergehen.

Ob dem Beklagten wegen der Sicherheiten, die er für die Darlehensverbindlichkeiten der Kläger gestellt hatte und aus denen er in Anspruch genommen worden ist, ein Rückgriffsanspruch gegen die Kläger zusteht, bedarf keiner Entscheidung. Dieser Anspruch ist jedenfalls nicht durch die notarielle Urkunde vom 26.11.1984 tituliert; auch insoweit ist eine nachträgliche Forderungsauswechslung weder festgestellt noch vorgetragen. Allein darauf kommt es im vorliegenden Rechtsstreit an.

## E.

### Steuerrecht

26. EStG § 16 Abs. 3 (*Betriebsaufgabe des Besitzunternehmens beim Wegfall der personellen Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsgesellschaft*)

**Entfällt die personelle Verflechtung zwischen dem Besitzunternehmen und der Betriebskapitalgesellschaft, kommt es beim Besitzunternehmen zur Betriebsaufgabe und zur Versteuerung der stillen Reserven (Anschluß an BFH-Urteil vom 13. Dezember 1983 VIII R 90/81, BFHE 140, 526, BStBl II 1984, 474).**

BFH, Urteil vom 15.12.1988 — IV R 36/84 — BStBl II 1989, 363

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und Revisionsbeklagte zu 1 (Gesellschafter A) und der verstorbene Rechtsvorgänger der Kläger und Revisionsbeklagten zu 2 (Gesellschafter B) — Kläger — waren an einer GmbH beteiligt, die ein Industrieunternehmen unterhielt. Die Beteiligung des A betrug 25 v. H., diejenige des B 50 v. H. des Stammkapitals; außerdem war die Ehefrau des A mit 25 v. H. beteiligt. Beide Gesellschafter erwarben 1959 ein Grundstück zu Miteigentum, das sie in der Folge mit einem Fabrikgebäude für die besonderen Zwecke der GmbH bebauten und im September 1962 an sie vermieteten.

Nach einer im Jahre 1965 für den Zeitraum 1960 bis 1963 durchgeführten Betriebsprüfung ging der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) davon aus, daß aus der Grundstücksüberlassung Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anfielen. Das Vorliegen einer Betriebsaufspaltung war in der Schlußbesprechung erörtert und verneint worden.

Zum 1.7.1964 veräußerte der Gesellschafter B seine GmbH-Beteiligung an den Gesellschafter A, der nunmehr über 75 v. H. der Stammanteile verfügte; B behielt jedoch seinen Grundstücksanteil. In seiner Einkommensteuererklärung behandelte B die Veräußerung des GmbH-Anteils an A als Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung nach § 17 Abs. 1 EStG. Die Einkünfte der Grundstücksgemeinschaft im Jahre 1964 wurden vom FA als solche aus Vermietung und Verpachtung behandelt und einheitlich festgestellt.

Nach einer weiteren Betriebsprüfung, die im Jahre 1970 für den Zeitraum 1964 bis 1966 durchgeführt wurde, nahm das FA jedoch an, daß die Grundstücksgemeinschaft nach den Grundsätzen der Betriebsaufspaltung eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet habe. Die Aufspaltung habe mit der Übertragung der GmbH-Anteile von B auf A ihr Ende gefunden; hierin liege eine Betriebsaufgabe, die sowohl bei A als auch bei B zu einem Aufgabegewinn i. S. von § 16 Abs. 3 EStG geführt habe. Das FA berechnete diesen Gewinn nach dem Wert des Grundstücks und der als Sonderbetriebsvermögen der Gemeinschaft angesehenen GmbH-Anteile des A und des B. In diesem Sinne änderte das FA den Feststellungsbescheid für 1964; für die Zeit bis zur Betriebsaufgabe stellte es einen laufenden Gewinn der Grundstücksgemeinschaft fest.

Mit ihrer Klage begehrten die Kläger, auch für 1964 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung festzustellen. Das Finanzgericht (FG) entschied, daß die Grundstücksgemeinschaft nach den Grundsätzen

der Betriebsaufspaltung gewerbliche Einkünfte erzielt habe, daß es aber nicht zu einer Betriebsaufgabe gekommen sei; da der Pachtvertrag aufrechterhalten worden sei, habe die Grundstücksgemeinschaft ihre gewerbliche Betätigung nach den Grundsätzen der Betriebsverpachtung fortgesetzt. Der geänderte Feststellungsbescheid müsse deswegen insoweit aufgehoben werden; ob B aus der Veräußerung seiner GmbH-Beteiligung einen laufenden Gewinn erzielt habe, könne nicht entschieden werden.

Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

#### Aus den Gründen:

Auf die Revision des FA muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen werden.

1. Zu Recht hat das FG angenommen, daß die Grundstücksverpachtung durch die Gesellschafter nach der Rechtsprechung des BFH als gewerbliche Betätigung im Sinne des Einkommensteuerrechts (§ 1 GewStDV a. F., § 15 Abs. 2 EStG n. F.) anzusehen ist, weil sie im Rahmen einer Betriebsaufspaltung erfolgte. Danach erlangt eine sonst als Vermögensverwaltung anzusehende Tätigkeit die Eigenschaft eines Gewerbebetriebs und Besitzunternehmens, wenn einer Kapitalgesellschaft wesentliche Grundlagen für ihren Betrieb überlassen werden und die hinter diesem Betriebsunternehmen und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben; dies ist anzunehmen, wenn die Personen, die das Besitzunternehmen tatsächlich beherrschen, auch in der Betriebsgesellschaft ihren Willen durchsetzen können (BFH-Beschluß vom 8.11.1971 GrS 2/71, BFHE 103, 440, BStBl II 1972, 63, ständige Rechtsprechung).

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Dabei ist unerheblich, daß die Betriebsaufspaltung nicht als sog. echte Betriebsaufspaltung ein ursprünglich einheitliches Unternehmen der Gesellschafter betroffen hat, sondern als sog. unechte Betriebsaufspaltung erst nachträglich entstanden ist. Die Gesellschafter hatten der Kapitalgesellschaft wie in dem vom Großen Senat behandelten Sachverhalt ein Fabrikgrundstück als wesentliche Betriebsgrundlage überlassen; Besitzunternehmer kann danach auch eine Bruchteilsgemeinschaft sein. Nach den Feststellungen des FG ist davon auszugehen, daß das Grundstück eine wesentliche Grundlage für den Betrieb der GmbH bildete.

2. Das FA hat die Grundsätze der Betriebsaufspaltung erstmals im Streitjahr 1964 angewendet und daraus für die Kläger nachteilige Folgerungen gezogen, nachdem der Gesellschafter B seinen GmbH-Anteil an A veräußert hatte. Zutreffend hat das FG entschieden, daß hierin kein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt, obwohl das FA für die Vorjahre auch nach einer Betriebsprüfung die Überlassung des Grundstücks den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zugeordnet hatte. (*Wird ausgeführt*).

3. Die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung wurden häufig, als B im Jahre 1964 seine GmbH-Beteiligung an A veräußerte. Danach fehlte es an der persönlichen Verflechtung zwischen dem Besitz- und Betriebsunternehmen, weil A aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung seinen Willen zwar im Betriebsunternehmen, nicht aber im Besitzunternehmen, nämlich der Bruchteilsgemeinschaft am Grundstück durchsetzen konnte, an der er nur zur Hälfte beteiligt war (vgl. § 745 Abs. 1 BGB). Dies bedeutet, daß die Miteigentümer nunmehr Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielten und das bisher vorhandene Betriebsvermögen zu Privatvermögen wurde; in diesem Vorgang muß aufgrund der

Rechtsprechung eine der Betriebsveräußerung gleichstehende Betriebsaufgabe i. S. von § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG gesehen werden. Der abweichenden Auffassung des FG kann sich der Senat nicht anschließen.

Ein vorhandener Betrieb kann auch in der Weise aufgegeben werden, daß der Steuerpflichtige mit dem Ziel der Betriebsaufgabe die wesentlichen Grundlagen des Betriebs in einem einheitlichen Vorgang in sein Privatvermögen überführt (Totalentnahme, vgl. BFH-Beschluß vom 7.10.1974 GrS 1/73, BFHE 114, 189, BStBl II 1975, 168). Darüber hinaus ist eine Betriebsaufgabe auch dann anzunehmen, wenn der Betrieb als wirtschaftlicher Organismus zwar bestehen bleibt, aber durch eine Handlung oder einen Rechtsvorgang in seiner ertragsteuerlichen Einordnung so verändert wird, daß die Erfassung der stillen Reserven nicht gewährleistet ist; dies folgt aus dem Zweck des § 16 Abs. 3 EStG, auch die Versteuerung der stillen Reserven sicherzustellen (BFHE 114, 189, BStBl II 1975, 168). Sie ist nicht gewährleistet, wenn bisheriges Betriebsvermögen zu Privatvermögen wird und die mit seiner Hilfe erzielten Einkünfte aus Kapitalvermögen oder Vermietung und Verpachtung durch Gegenüberstellung der Einnahmen und Werbungskosten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG) ermittelt werden.

Diese Überlegungen gelten auch im Streitfall. Zwar könnte der von B durch Veräußerung seiner Beteiligung erzielte Gewinn erfaßt werden, doch blieben die stillen Reserven in dem aus dem Betriebsvermögen ausscheidenden Grundstück und in der Beteiligung des A unberücksichtigt. Wie eine Betriebsaufgabe anzunehmen ist, wenn ein Teil des Betriebsvermögens veräußert und der Rest in das Privatvermögen übernommen wird, so kommt es auch zur Betriebsaufgabe, wenn ein Teil des Betriebsvermögens im Besitzunternehmen veräußert wird und der Rest aufgrund dieser Handlung aus rechtlichen Gründen die Eigenschaft als Betriebsvermögen verliert; dies ist bereits hinsichtlich eines dem Streitfall vergleichbaren Sachverhalts entschieden worden (BFH-Urteil vom 13.12.1983 VIII R 90/81, BFHE 140, 526, BStBl II 1984, 474).

4. Die Betriebsaufgabe läßt sich auch nicht deswegen verneinen, weil die Erfassung der stillen Reserven nach Beendigung der Betriebsaufspaltung aus anderen Gründen gesichert sei.

a) Das FG hat angenommen, daß die Überlassung des Grundstücks die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung erfüllt habe und daß das vorhandene Vermögen deswegen auch nach Beendigung der Betriebsaufspaltung Betriebsvermögen geblieben sei. Der VIII. Senat des BFH (BFHE 140, 526, BStBl II 1984, 474) hat diese Möglichkeit verneint, wenn der Kapitalgesellschaft nicht sämtliche Betriebsgrundlagen zur Verfügung gestellt wurden, die Verpachtung sich vielmehr auf die Überlassung einer wesentlichen Betriebsgrundlage beschränkt, wie dies auch im Streitfall anzunehmen ist.

Dem läßt sich allerdings entgegenhalten, daß es in der Frage, ob die wesentlichen Grundlagen eines Betriebs verpachtet wurden und damit der Tatbestand der Betriebsverpachtung erfüllt ist, auf die Verhältnisse des verpachtenden Unternehmens, nicht aber diejenigen des pachtenden Unternehmens, ankommt. In der Rechtsprechung ist entschieden, daß eine Betriebsverpachtung auch angenommen werden kann, wenn nur das Betriebsgrundstück verpachtet wurde, dieses aber die wesentliche Betriebsgrundlage ausmacht (BFH-Urteile vom 4.11.1965 IV 411/61 U, BFHE 84, 134, BStBl

III 1966, 49; vom 14.12.1978 IV R 106/75, BFHE 127, 21, BStBl II 1979, 300). Hieraus ließe sich folgern, daß die Überlassung des Grundstücks im Streitfall deshalb als Betriebsverpachtung anzusehen ist, weil es für das Besitzunternehmen die wesentliche Betriebsgrundlage darstellte.

Hierbei würde jedoch übersehen, daß die Verpachtung eines Grundstücks nur dann einer Betriebsverpachtung gleichsteht, wenn der Verpächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses den Betrieb in bisheriger Weise fortsetzen kann, wie dies bei der Verpachtung eines Warenhauses (BFHE 84, 134, BStBl III 1966, 49; BFHE 127, 21, BStBl II 1979, 300) der Fall sein mag. Diese Verhältnisse sind im Fall der Betriebsaufspaltung aber nur ausnahmsweise gegeben. In der Regel, so auch im Streitfall, kann mit den verpachteten Wirtschaftsgütern kein selbständiger Gewerbebetrieb geführt werden; es kann dann auch nicht von einer Betriebsverpachtung gesprochen werden.

b) Die Eigenschaft als Betriebsvermögen ist auch nicht nach den Grundsätzen erhalten geblieben, die für den Strukturwandel vom Gewerbebetrieb zur Landwirtschaft entwickelt worden sind. Der Wandel hatte zur Folge, daß nach früherem Recht der Grund und Boden bei der Gewinnermittlung nicht mehr berücksichtigt wurde und damit auch die Realisierung der stillen Reserven außer Ansatz blieb, die bei Beendigung der gewerblichen Tätigkeit vorhanden waren. Der Große Senat des BFH hat bei dieser Sachlage eine Betriebsaufgabe verneint, weil der Betrieb tatsächlich erhalten geblieben sei; dem Besteuerungsunterschied könne mit der Festhaltung der stillen Reserven und ihrer Besteuerung im Fall der Realisierung Rechnung getragen werden (Beschluß in BFHE 114, 189, BStBl II 1975, 168). Die Beendigung der Betriebsaufspaltung, in der Betriebsvermögen nicht erhalten bleibt, ist damit jedoch nicht vergleichbar (Urteil in BFHE 140, 526, BStBl II 1984, 474).

c) Es läßt sich auch nicht an die Grundsätze anknüpfen, die der erkennende Senat für den Fall entwickelt hat, daß ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb ab einem bestimmten Wirtschaftsjahr als Liebhaberei beurteilt wird. Der Senat hat eine Betriebsaufgabe verneint und die Festhaltung der beim Beurteilungswandel vorhandenen stillen Reserven zwecks Besteuerung bei ihrer späteren Realisierung verlangt (Urteil vom 29.10.1981 IV R 138/78, BFHE 134, 339, BStBl II 1982, 381); der Gesetzgeber hat dem durch die Einführung verfahrensrechtlicher Vorschriften zur Feststellung der stillen Reserven Rechnung getragen (§ 180 Abs. 2 AO 1977 i.V.m. § 8 der Verordnung über die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 19.12.1986, BGBl I, 2663, BStBl I 1987, 2). Auch hiervon unterscheidet sich die Beendigung der Betriebsaufspaltung, weil sie auf einer Veränderung der steuererheblichen Voraussetzungen beruht (Urteil in BFHE 140, 526, BStBl II 1984, 474).

Eine Ausdehnung der beschriebenen Grundsätze auf alle Fälle der Beendigung einer Betriebsaufspaltung kann nicht in Betracht kommen. Die veränderte Beurteilung eines Erwerbsunternehmens als Liebhaberei ist eine Ausnahmerecheinung. Dagegen werden die zuvor im Rahmen einer Betriebsaufspaltung eingesetzten Wirtschaftsgüter durchweg weiterhin zur Erzielung von Einkünften aus Vermögensverwaltung verwendet; dies läßt als fraglich erscheinen, wie die Abnutzung, der Verbrauch und der Untergang, aber auch die spätere Einbringung der Wirtschaftsgüter in ein Betriebsvermögen sich auf die festgestellten stillen Reserven auswirken würden. Die abweichende Auffassung würde die

Rechtsfigur des ruhenden Gewerbebetriebes wiederbeleben, die vom BFH aufgegeben worden ist (Urteil vom 13.11.1963 GrS 1/63 S, BFHE 78, 315, BStBl III 1964, 124); hierfür waren auch die erwähnten praktischen Schwierigkeiten ursächlich.

d) Schließlich kann auch nicht angenommen werden, das Vermögen des bisherigen Besitzunternehmens müsse als Betriebsvermögen fortgeführt werden, weil als Betriebsaufgabe nur die willentliche Einstellung des Betriebs und die willentliche Realisierung seiner Vermögenswerte angesehen werden könne (*Knobbe-Keuk*, DStR 1985, 494, 496; Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 6. Aufl., S. 242; ähnlich bereits *Felix*, Steuerkongreß-Report 1980, 129, 156 f.). Dies steht nicht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung über die Voraussetzungen und Folgen einer Betriebsaufgabe.

5. Der Senat verkennt nicht, daß durch die Betriebsaufgabe im Besitzunternehmen erhebliche Steuerlasten entstehen können, die den Bestand auch der Betriebsgesellschaft gefährden können. Dies erscheint vor allem dann bedenklich, wenn die Betriebsaufspaltung durch Umstände beendet wird, die vom Steuerpflichtigen nicht beeinflußt werden können. Im Hinblick darauf wird im Land Baden-Württemberg bei bestimmten Gestaltungen den Inhabern des Besitzunternehmens aus Billigkeitsgründen die Möglichkeit eröffnet, die Verpachtung nach den Grundsätzen der Betriebsverpachtung als Gewerbebetrieb fortzusetzen (vgl. *Dehmer*, Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl., Rdnr. 1148, S. 320). Dies kann auch in anderen Fällen angezeigt sein.

27. EStG § 4 Abs. 1 (*Keine Entnahme einer mitveräußerten, nach Vermessung an den Veräußerer zurückübertragenen Teilfläche*)

**Die Rückübereignung einer durch Hofübergabevertrag mitübertragenen Teilfläche an den Übergeber stellt dann keine Entnahme durch den Übernehmer dar, wenn dieser nur das zivilrechtliche, nicht aber das wirtschaftliche Eigentum erworben hat. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine vom Übergeber zurückbehaltene Grundstücksteilfläche lediglich vorläufig mitübergeben und nach Vermessung zurückübertragen wird. (Leitsätze nicht amtlich)**

FG München, Urteil vom 14.11.1988 — II (XIII) 297/84 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Mutter des Kl. war Alleinerbin des landwirtschaftlichen Anwesens in G. nach ihrem am 23.9.1980 verstorbenen Ehemann gewesen. Dieses Anwesen hatte sie mit notariellem Übergabevertrag vom 30.1.1981 dem Kl. zum Alleineigentum übergeben.

In Abschn. XIV.3 dieses Übergabevertrags hatte sich der Kl. verpflichtet, aus dem mitübergebenen 6.262 qm großen Grundstück FINr. X der Gemarkung G. eine geometrisch erst noch zu vermessende Teilfläche von ca. 1.100 qm unentgeltlich, nach Vorlage des amtlichen Messungsergebnisses, an seine Mutter zurückzuübertragen. Die Teilfläche war in einem dem Übergabevertrag als Anlage beigefügten Lageplan markiert. Der beurkundende Notar wurde beauftragt, die Vermessung beim Vermessungsamt im eiligen Geschäftsgang zu beantragen. Zur Sicherung des Rückkaufanspruchs bewilligte der Kl. die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 BGB. Die Vormerkung wurde gleichzeitig mit dem Eigentumsübergang auf den Kl. im Grundbuch eingetragen (27.5.1981). Die Rückkaufassung erfolgte durch Urkunde vom 2.9.1982.

Gegen den ESt-Bescheid 1982 vom 23.11.1983 legten die Kl. Einspruch ein. Sie trugen vor, daß eine Entnahme nicht vorliege, da die Mutter des Kl. wirtschaftliche Eigentümerin in der fraglichen Grundstücksteilfläche gewesen sei. Nach einem zum Beweis vorgelegten Schreiben des Notariats, das den Übergabevertrag beurkundet hatte, war von den Parteien des Übergabevertrags von Anfang an gewollt, daß die markierte Grundstücksteilfläche von der Mutter des Kl. zurückbehalten wird. Nur weil die Rückbehaltfläche nicht vermessen war, sei diese formell zunächst mitüberlassen und dann zurückübertragen worden.

Der Einspruch blieb ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist begründet.

Zu Unrecht hat das FA die formale Rückkaufassung der Teilfläche aus dem Grundstück FINr. X beim Kl. als Entnahme nach § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG gewertet.

Nach dem BFH-Urteil vom 5.5.1983 IV R 43/80 BStBl. II 1983, 631) ist die Übereignung eines Grundstücks des Betriebsvermögens auf einen Dritten nur dann als Entnahme anzusehen, wenn der Betriebsinhaber nicht nur das zivilrechtliche, sondern auch das wirtschaftliche Eigentum verliert. Auf den Streitfall übertragen bedeutet dies: Die Rückübereignung der Grundstücksteilfläche auf die Mutter stellt in der Person des Kl. nur dann eine Entnahme dar, wenn die Mutter durch den Übergabevertrag nicht nur das zivilrechtliche, sondern auch das wirtschaftliche Eigentum verloren hatte. Letzteres ist hier nicht gegeben.

Wirtschaftliches Eigentum im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO 1977 wird erworben, wenn Eigenbesitz, Gefahr, Nutzen und Lasten auf den Erwerber übergehen (BFH-Urteil vom 28.4.1977 IV R 163/75, BStBl II 1977, 553, 554 m. w. N.). Das FA weist zwar zutreffend darauf hin, daß laut Abschn. IV des Übergabevertrags „Besitz, Nutzen und Lasten sowie die Gefahr“ am *gesamten* Grundbesitz vom 1.2.1981 auf den Kl. übergehen sollten. Diese Bestimmung muß jedoch im Zusammenhang mit Abschn. XIV.3 des Übergabevertrags gesehen werden. Hiernach war der Eigentumserwerb des Kl. an der fraglichen Grundstücksteilfläche von vornherein mit einer durch dingliche Vormerkung gesicherten Rückübertragungsverpflichtung auf seine Mutter eingeschränkt. Die Vormerkung wurde zusammen mit dem Eigentumswechsel am 27.5.1981 im Grundbuch eingetragen.

Gemäß §§ 133, 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und den wirklichen (wirtschaftlichen) Willen der Vertragsbeteiligten erfordern.

Nach der vom FA nicht angezweifelte Stellungnahme des beurkundenden Notariats war von Anfang an gewollt, daß die in der Anlage zum Übergabevertrag bezeichnete Teilfläche von der Mutter zurückbehalten wird und diese wirtschaftliche Eigentümerin bleiben sollte. Die Formulierung in Abschn. XIV.3 des Übergabevertrags wurde nur deshalb gewählt, um den Vollzug der Urkunde sicherzustellen, weil die fragliche Fläche noch nicht vermessen war. Nach der Vermessung wurde die Fläche sofort auf die Mutter rückübereignet (not. Vertrag vom 2.9.1982); die Eintragung der Rückkaufassung erfolgte am 21.1.1983. Während der relativ kurzfristigen Übergangszeit, in der der Kl. das zivilrechtliche Eigentum an der Teilfläche innehatte (Mai 1981 — Januar 1983), blieben die Besitzverhältnisse daran unverändert: Sie gehörte zum Grundstück FINr. X, das u. a. den Hofraum, die Wirtschaftsgebäude und das Wohnhaus umfaßte, an welchem der Mutter ein Wohnrecht eingeräumt war (Abschn. XIV.2 des Übergabevertrags), und wurde den Enkeln (Neffen

des Kl.) seit 1975 als Rodelplatz und Spielwiese von der Mutter zur Verfügung gestellt. Auch die mit der Teilfläche zusammenhängenden Lasten (Grundsteuer, Straßenausbaubeitrag i. H. v. 8.528,50 DM laut Bescheid vom 21.6.1981) wurden von der Mutter getragen; ferner die Kosten der Vermessung und Rückauflassung der Teilfläche.

All diese Umstände führen zu dem Schluß, daß der zitierte Passus in Abschn. IV des Übergabevertrags verunglückt und im Zusammenhang mit Abschn. XIV.3 des Übergabevertrags insoweit einschränkend auszulegen ist, als Eigenbesitz, Gefahr, Nutzen und Lasten hinsichtlich der Teilfläche nicht auf den Kl. übergehen, sondern bei der Mutter verbleiben sollten. Zumindest war die Mutter in der erwähnten Übergangszeit wirtschaftlich Mitbesitzerin an dem noch ungeteilten Grundstück FINr. X in der Weise, daß ihr die Teilfläche ideell zuzurechnen war (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977). Von der Ernsthaftigkeit eines solchen Miteigenbesitzes und somit einem teilweisen Miteigentum geht der BFH für den Fall aus, daß die Vertragsbeteiligten nach dem Wegfall von Hindernissen, die der Schaffung entsprechender bürgerlich-rechtlicher Eigentumsverhältnisse entgegenstehen, eine entsprechende Überführung des wirtschaftlichen in zivilrechtliches Eigentum vornehmen (Urteil vom 20.2.1953 III 41/52, BStBl III 1953, 114). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Wegen

der noch nicht erfolgten Parzellierung hielt das Notariat es für erforderlich, zunächst das gesamte Grundstück FINr. X auf den Kl. übergehen zu lassen, allerdings belastet mit einem dinglich gesicherten Rücküberweisungsanspruch der Mutter hinsichtlich der Teilfläche. Nach Wegfall des Hindernisses (Vermessung der Teilfläche) erfolgte sogleich die Rückauflassung.

Auch das BFH-Urteil vom 19.12.1961 IV 225/59 (Steuer-Rechtsprechung in Karteiform — StRK — § 11 StAnpG R. 47) spricht für die vom Senat vertretene Auffassung: Hiernach bleibt bei kurzfristiger Übereignung eines Anwesens vom Vater an den Sohn, um die Veräußerung an einen Dritten steuerlich günstiger zu gestalten, der Vater auch nach der Übereignung wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er nach Absicht der Vertragspartner weiterhin über das Grundstück wie ein Eigentümer schalten und walten soll und das auch tatsächlich tut. So liegen die Verhältnisse auch im Streitfall. Die Mutter überließ die Teilfläche weiterhin den Kindern ihrer Tochter und anderen Kindern als Spiel- und Rodelplatz und trug die anfallenden Grundstückskosten. Hinzu kommt, daß die Teilfläche nicht, wie im Urteilsfall des BFH, an Dritte übertragen, sondern entsprechend den getroffenen Vereinbarungen auf den ursprünglichen zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümer rücküberwiesen wurde.

## V. Standesnachrichten

### A. Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Dr. Horst Lindner, Notar, Lauf a. d. Pegnitz, gest. am 6.4.1989  
Dr. Ernst Stiegler, Notar a. D., München, gest. am 1.5.1989

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung ab 1.8.1989:  
Notar Rudolf Ertl, Kempten (Allgäu)

#### 3. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung ab 1.5.1989:  
Lichtenfels dem Notar  
Dr. Johann Schmidlein,  
bisher in Scheinfeld

Mit Wirkung ab 1.6.1989:  
Lindenberg i. Allgäu dem Notar  
Friedrich Dworschak,  
bisher in Neustadt b. Coburg

Kemnath dem Notarassessor  
Dr. Bernd Wegmann,  
bisher in Neu-Ulm  
(Notarstelle Dr. Kanzleiter)

Riedenburg dem Notarassessor  
Helmut Kopp,  
bisher in Bayreuth  
(Notarstelle Schmidt)

Mit Wirkung ab 1.8.1989:  
Berchtesgaden dem Notar  
Dr. Hermann Amann,  
bisher in Beilngries

Kempten (Allgäu) dem Notar  
Dr. Hans Huber,  
bisher in Ottobeuren

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung ab 1.5.1989:  
Hans Malzer, Dachau (Notarstelle Konrad)

Mit Wirkung ab 1.6.1989:  
Christoph Anderle, Tegernsee (Notarstelle Dr. Eichhorn)  
Matthias Cremer, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

#### 5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Norbert Martin, Dachau (Notarstelle Konrad), ab 17.4.1989 in München (Notarstelle Dr. Wirner)

Notarassessor Heinrich Klotz, Schweinfurt (Notarstelle Schineis), ab 29.5.1989 in Würzburg (Notarstelle Dr. Hitzlberger)

Notarassessor Peter Füller, Ansbach (Notarstelle Dr. Schreitter), ab 1.6.1989 in Neu-Ulm (Notarstelle Dr. Kanzleiter)

Notarassessor Dr. Gregor Basty, München (Notarstelle Dr. Hüttinger), ab 1.7.1989 in Köln (Bundesnotarkammer)

Oberinspektor i. N. Alois Megele, Ansbach (Notarstelle Dr. Schreitter), ab 1.6.1989 in Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Amtmann i. N. Günter Lohs, Kitzingen (Notarstellen Mayr/Dr. Koch), ist am 28.4.1989 verstorben.

Oberinspektor i. N. Josef Walcher, Prien am Chiemsee (Notarstellen Huber/Dr. v. Daumiller), ist am 25.5.1989 verstorben.

Amtmann i. N. Richard Pfaffelhuber, Abensberg (Notarstelle Dr. Ries), ab 1.4.1989 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Oskar Abbold, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Jäger), ab 1.5.1989 im Ruhestand

Amtmann i. N. Willi Moritz, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann), ab 1.5.1989 im Ruhestand

Amtmann i. N. Franz Zitzmann, Fürth (Notarstelle Angermaier), ab 1.5.1989 im Ruhestand

Amtsrat i. N. August Happ, Immenstadt i. Allgäu (Notarstelle Dubon/Kellner), ab 1.6.1989 im Ruhestand

#### 6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung ab 1.4.1989:  
Zum Oberinspektor i. N. (Verg.Gr. IV b BAT)  
Bernd Zimmermann, Pirmasens (Notarstelle Küper)

#### 7. Neuübernahmen als Inspektor i. N.:

Mit Wirkung ab 1.4.1989:  
Andreas Böhm, Starnberg (Notarstellen Dr. Gäbhard/Dr. Kastenbauer)  
Achim Gregor, Mindelheim (Notarstelle Zöbelein)  
Martin Gröbl, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)  
Franz Halmbacher, Augsburg (Notarstellen Füger/Hartmann)  
Christiane Haun, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Waßner/Schad)  
Franz Heitzer, Mitterfels (Notarstelle Döbereiner)  
Gudrun Hofffäller, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)  
Astrid Huber, Burgkunstadt (Notarstelle Richter)  
Claudia Klöcker, München (Notarstelle Dr. Gantzer)  
Karin Koller, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer)  
Peter Krämer, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Jacob)  
Jörg Lamatsch, Nürnberg (Notarstellen Dr. Knöchlein/Hübner)  
Elisabeth Mayer, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)  
Waldemar Mützel, Hammelburg (Notarstelle Zechiel)  
Rudolf Popp, Werneck (Notarstelle Hötzl)  
Cäcilia Schwarzensteiner, Bogen (Notarstelle Amberger)  
Barbara Sedlmayr, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Reithmann/Dr. Adler)  
Volker Spahn, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/Dr. Rausch)  
Heinz Spannmacher, Deggendorf (Notarstellen Dr. Gößl/Dr. Höchtl)  
Werner Spranger, München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner)  
Thomas Strauß, Augsburg (Notarstellen Dr. Korschau/Dr. Jerschke)  
Roland Trauner, Starnberg (Notarstellen Dr. Gäbhard/Dr. Kastenbauer)  
Max Weiß, Hengersberg (Notarstelle Lindner)  
Maria Zieglertrum, Freising (Notarstelle Ruckerl)