

# 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. Mühithaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2

Heft 1

MittBayNot

Januar/Februar 1986

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

### Die Beweislehre im Grundbuchverfahren\*

Von Diplom-Rechtspfleger (FH) Roland Böttcher, Regensburg

Bis zum Jahr 1978 fehlte sowohl in der Literatur als auch in der Judikatur eine umfassende Beweislehre für das Grundbuchverfahren. Das BayObLG behauptet sogar, daß das Grundbuchverfahren ein Verfahren ohne Beweisaufnahme sei<sup>1</sup>. Es war erstmals *Eickmann*, der dieses wissenschaftliche Stiefkind zum Leben erweckte; er ist der Begründer der grundbuchrechtlichen Beweislehre<sup>2</sup>. Selbstverständlich gibt es eine Beweisaufnahme im Grundbuchverfahren. Unter Beweisaufnahme ist die Feststellung der Tatsachen zu verstehen, die zum Tatbestand der anzuwendenden Rechtsätze gehören<sup>3</sup>. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Grundbuchverfahren — wie jedes andere gerichtliche Verfahren — vom Vorliegen bestimmter Verfahrensvoraussetzungen abhängig ist, deren Bestehen festgestellt werden muß.

#### I. Beweisaufnahme

##### 1. Beweispflicht

Die Beweispflicht regelt die Frage, wer die entscheidungserheblichen Tatsachen zu beschaffen hat. Für die Beantwortung ist eine Unterscheidung zwischen den Amts- und Antragsverfahren zu treffen.

##### a) Amtsverfahren

In den Amtsverfahren — z. B. nach den §§ 53, 84, 90 GBO — gilt uneingeschränkt § 12 FGG (= Amtsermittlungsgrund-

satz)<sup>4</sup>. Die Beteiligten haben keine Beweispflicht, d. h. sie haben keine Beweise anzutreten und herbeizuschaffen. Im Interesse einer Feststellung der materiellen Wahrheit obliegt es dem Gericht zu bestimmen, welche Beweise es braucht, in welcher Weise die Beweisaufnahme zu erfolgen hat; sodann hat es von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben<sup>5</sup>. Geständnisse, Nichtbestreiten oder Schweigen seitens der Beteiligten sind dabei unbeachtlich; sie können die gerichtliche Ermittlungstätigkeit nicht einschränken oder gar ausschließen<sup>6</sup>.

##### b) Antragsverfahren

##### aa) Der grundbuchrechtliche Beibringungsgrundsatz

Im Antragsverfahren ist der Grundbuchrechtspfleger zur Anstellung von Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet; er bestimmt zwar alleine, welche Tatsachen des Beweises bedürfen, er bestimmt also Art und Umfang der Beweise; aber er hat diese Beweise nicht selbst zu beschaffen, sondern der Antragsteller hat sie beizubringen<sup>7</sup>. Diese Verfahrensgestaltung wird zutreffend als „grundbuchrechtlicher Beibringungsgrundsatz“ bezeichnet<sup>8</sup>. Ursache für diese Strukturierung des Beweisverfahrens ist die Ambivalenz des Grundbuchverfahrens zwischen öffentlichem und privatem

\* Bei diesem Beitrag handelt es sich um einen Abschnitt aus dem Kapitel „Verfahren“ innerhalb der Einleitung zu der Neuauflage des Großkommentars „Meikel, Grundbuchrecht“, die demnächst im J. Schweitzer Verlag, München, erscheint; der Verlag hat dem Vorabdruck freundlicherweise zugestimmt.

<sup>1</sup> BayObLG OLGE 1965, 342

<sup>2</sup> Eickmann, Allgemeine Lehren des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihre Anwendung im Grundbuchverfahren, Publikationen der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin, Freiwillige Gerichtsbarkeit Nr. 35, S. 9, 31; Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht (= GBVerfR), 2. Kap. § 2 IV; Eickmann, Die Gewinnung von Entscheidungsgrundlagen im Grundbuchverfahren, Rpfleger 1979, 169

<sup>3</sup> Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., § 116 I 1

<sup>4</sup> BayObLGZ 1952, 28; 1975, 408; KGJ 48, 199; OLG Hamm Rpfleger 1957, 119; Horber, GBO, 16. Aufl., § 1 Anm. 5 G; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 1; Eickmann, Besondere Verfahren der Grundbuchordnung, RpfStud 1984, 1, 3

<sup>5</sup> Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., § 19 II 1; Bärman, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, § 15 I; Pikart/Henn, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1963, S. 75 ff; Eickmann Rpfleger 1979, 169; Winter, Die Beweisaufnahme im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Jura 1971, 113

<sup>6</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 1

<sup>7</sup> BGHZ 30, 258; 35, 139; BayObLGZ 1959, 447; 1969, 281; 1971, 257; Rpfleger 1982, 467; KGJ 27, 110; 52, 166; OLGE 43, 173; Rpfleger 1968, 224; OLG Hamm Rpfleger 1958, 15; Horber § 1 Anm. 5 G

<sup>8</sup> Eickmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann (= KEHE), Grundbuchrecht, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 32; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 1 und 7. Kap. § 1 I 1; Eickmann (Fn. 2) S. 31; Eickmann Rpfleger 1979, 169; Eickmann RpfStud 1984, 1, 3

Interesse: Zum einen verlangt der öffentliche Glaube des Grundbuchs die materielle Wahrheit, zum anderen dient die Grundbucheintragung den privaten Interessen der Beteiligten<sup>9</sup>.

#### bb) Beibringungspflichtige Personen

Die Beibringungspflicht regelt, wer dem Gericht gegenüber für die Ergänzung des Tatsachenstoffes zuständig ist; sie darf nicht mit der Feststellungslast verwechselt werden. Da nur der Antragsteller dem Grundbuchamt gegenüber sein Interesse an der Grundbucheintragung bekundet, ist auch nur er beibringungspflichtig; die nicht antragstellenden Beteiligten sind nicht beibringungspflichtig, sondern lediglich beibringungsberechtigt, d. h. sie haben das Recht, die Entscheidung des Grundbuchamts durch freiwillige Vorlage von Beweisen zu beeinflussen<sup>10</sup>. Sie sind gehörsberechtigt (Art. 103 GG), wobei das rechtliche Gehör auch das Recht zur Stellungnahme umfaßt, was wiederum das Recht zum Tatsachenvortrag und Beweisantritt beinhaltet<sup>11</sup>.

#### cc) Umfang der Beibringungspflicht

Dem Antragsteller obliegt grundsätzlich die Beibringungspflicht dafür, daß sein Antrag begründet ist, d. h. er hat dem Grundbuchamt das Vorliegen aller Eintragungsvoraussetzungen und das Fehlen aller denkbaren Eintragungshindernisse darzutun<sup>12</sup>. Dieser Grundsatz muß in seiner Allgemeinheit notwendigerweise Einschränkungen erfahren.

Der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>13</sup> und das Erfordernis einer praktikablen und rationellen Verfahrensgestaltung führen dazu, daß die Beibringungspflicht des Antragstellers entfällt, wo auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung und dem Verständnis eines vernünftig Urteilenden das Vorliegen bestimmter Tatsachen (Situationen, Rechtsverhältnisse) als gegeben angesehen werden muß, d. h. sobald ein allgemein anerkannter Erfahrungssatz für das Bestehen einer Tatbestandsvoraussetzung oder das Fehlen eines Eintragungshindernisses spricht, ist der Antragsteller von einer Beibringungspflicht befreit<sup>14</sup>. Eine allzu großzügige Anwendung dieser Regel ist jedoch angesichts ihrer Rechtsnatur als Ausnahme nicht angebracht<sup>15</sup>. In folgenden Fällen besteht keine Beibringungspflicht für den Antragsteller<sup>16</sup>:

- Rechtsbeständigkeit von wirksam zustande gekommenen Verträgen oder Willenserklärungen<sup>17</sup>;
- Fortbestehen der Vertretungsmacht bei wirksam erteilten unbefristeten Vollmachten, wenn der Bevollmächtigte im Besitz der Originalvollmachtsurkunde ist<sup>18</sup>;
- Vorliegen der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten<sup>19</sup>;

- Nichtbestehen von Verfügungsbeeinträchtigungen<sup>20</sup>;
- Entgeltlichkeit der Veräußerung bei einem Verkauf eines Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker an einen Fremden<sup>21</sup>;
- Entgeltlichkeit der Veräußerung beim Verkauf eines Grundstücks durch den befreiten Vorerben an einen Fremden<sup>22</sup>;
- Ordnungsgemäße Briefübergabe des Zedenten bei Briefvorlage durch den Zessionar<sup>23</sup>;
- Umstand der „Verhinderung“ des 1. Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde bei Vertretung durch den stellvertretenden Bürgermeister unter Angabe des Verhinderungsfalles (§ 39 Abs. 1 BayGO)<sup>24</sup>.

Hervorzuheben ist, daß sich dann, wenn ein anerkannter Erfahrungssatz die Beibringungspflicht entfallen läßt, die Fragen nach den etwa erforderlichen Beweismitteln (Urkundenbeweis gem. § 29 Abs. 1 GBO oder alle echten Beweismittel nach § 15 FGG oder alle anderen Mittel der Überzeugungsbildung) oder der Beweisart (Strengbeweis oder Freibeweis) gar nicht stellen.

Da die allgemeinen Erfahrungssätze immer nur einen gewissen Grad an Wahrheit in sich bergen, besteht selbst bei ihrem Vorliegen eine Prüfungspflicht des Grundbuchamtes und damit eine Beibringungspflicht des Antragstellers, wenn dem Grundbuchamt konkrete Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen zur Kenntnis gelangen, die schlüssig die Begründetheit des Antrages in Frage stellen<sup>25</sup>. Folgende Fälle seien beispielhaft genannt:

- Der Vollmachtgeber behauptet den wirksamen Widerruf der von ihm erteilten Vollmacht;
- Der Vormund des — nach bindender Auflassung — entmündigten Grundstückseigentümers trägt vor, daß ein Gutachten vorliegt, wonach sein jetziges Mündel bereits bei der Auflassung geisteskrank war<sup>26</sup>;
- Die im gesetzlichen Güterstand lebende Ehefrau macht geltend, daß ihr Ehemann sein Grundstück aufgelassen hat (§ 1365 BGB) und sich beim Vormundschaftsgericht nach den Aussichten eines Antrages gem. § 1365 Abs. 2 BGB erkündigt bzw. einen diesbezüglichen Antrag bereits gestellt hat<sup>27</sup>;
- Der Nacherbe trägt vor, daß der befreite Vorerbe sein Grundstück nicht an einen Fremden, sondern an seine Tochter oder seine Geliebte veräußert hat (Entgeltlichkeit?)<sup>28</sup>.

<sup>9</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 170

<sup>10</sup> Eickmann a.a.O.

<sup>11</sup> Keldel/Kuntze/Winkler, FGG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 74; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 170

<sup>12</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171; Nieder, Entwicklungstendenzen und Probleme des Grundbuchverfahrensrechts, NJW 1984, 329, 335

<sup>13</sup> BVerfGE 35, 382, 401

<sup>14</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171; Nieder NJW 1984, 329, 335

<sup>15</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 Fn. 28

<sup>16</sup> Vgl. dazu: Eickmann Rpfleger 1979, 169, 170; Nieder NJW 1984, 329, 335

<sup>17</sup> BayObLGZ 1967, 13 = Rpfleger 1967, 145

<sup>18</sup> BayObLGZ 1959, 297 = DNotZ 1960, 50; KG DNotZ 1972, 21; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173 (Beispiel 4 d)

<sup>19</sup> BayObLGZ 1974, 336 = Rpfleger 1974, 396

<sup>20</sup> BGHZ 35, 135 = NJW 1961, 1301 = Rpfleger 1961, 233; BayObLG DNotZ 1960, 316; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 (Beispiel 2 a)

<sup>21</sup> BGHZ 57, 95 = NJW 1971, 2264 = DNotZ 1972, 90 = Rpfleger 1972, 49; RGZ 65, 223; 69, 257; OLG Zweibrücken Rpfleger 1968, 89

<sup>22</sup> KG Rpfleger 1968, 224; Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 III 2 (Beispiel 51 a)

<sup>23</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173 (Beispiel 4 c)

<sup>24</sup> BayObLG Rpfleger 1971, 429; Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 III 2 (Beispiel 50)

<sup>25</sup> BGHZ 35, 135 = NJW 1961, 1301 = Rpfleger 1961, 233; BayObLGZ 1969, 283 = Rpfleger 1970, 22; 1971, 257 = Rpfleger 1971, 429; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171; Nieder NJW 1984, 329, 336

<sup>26</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 (Beispiel 1 b)

<sup>27</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 (Beispiel 2 b und c)

<sup>28</sup> OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 170; LG Freiburg BWNotZ 1982, 17; Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 III 2 (Beispiel 51 b und c)

Muß also der Antragsteller trotz Vorliegen eines anerkannten Erfahrungssatzes auf Grund konkreter Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen, die schlüssig die Begründetheit des Antrages in Frage stellen, das Bestehen der Eintragungsvoraussetzungen oder das Fehlen von Eintragungshindernissen beweisen, so stellt sich erst dann die Frage nach den Beweismitteln oder der Beweisart; insoweit hat eine Differenzierung zu erfolgen, ob es eine eintragungsbegründende Erklärung, eine unmittelbar oder mittelbar eintragungsbegründende Tatsache oder einen eintragungshindernden Umstand betrifft. Festzuhalten bleibt, daß ein allgemein anerkannter Erfahrungssatz nicht allein durch den Vortrag von subjektiven Zweifeln, Vermutungen oder Bedenken entkräftet werden kann<sup>29</sup>. Es genügt also beispielsweise nicht, wenn gegen einen Veräußerer vorgebracht wird, daß erhebliche Zweifel bestehen, ob dieser zurechnungsfähig sei<sup>30</sup>.

## 2. Beweisarten und Beweismittel

### a) Strengbeweis und Freibeweis

aa) In der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, und somit auch im Grundbuchverfahren, gibt es zwei Beweisarten: Strengbeweis und Freibeweis<sup>31</sup>. Wann jedoch welche Beweisart Anwendung finden soll, darüber herrscht Streit. Der Unterschied zwischen Strengbeweis und Freibeweis liegt darin, daß der Rechtspfleger beim Strengbeweis an die Beweismittel der ZPO gebunden ist und Beweisthema sowie Beweismittel und Beweisführer in einem Beweisbeschluß bezeichnen muß (§ 15 FGG)<sup>32</sup>. Als Strengbeweis bezeichnet man daher die Beweisart, die nach den Regeln der ZPO (also insbesondere: Unmittelbarkeitsgrundsatz, § 355 Abs. 1 ZPO, und Parteiöffentlichkeit, § 357 ZPO) durchgeführt wird; der Freibeweis gestattet es dem Gericht, nach seinem pflichtgemäßen Ermessen den Tatsachenstoff zu ermitteln, ohne an die strengen Beweiserhebungsregeln gebunden zu sein (§ 12 FGG)<sup>33</sup>. Vereinzelt wird die Meinung vertreten, daß die Beweiserhebung im Wege des Freibeweises die Regel, im Wege des Strengbeweises die Ausnahme sei<sup>34</sup>. Eine zweite Auffassung geht von der Gleichberechtigung beider Beweisarten aus, d. h. das Gericht hat die Wahl zwischen Strengbeweis und Freibeweis<sup>35</sup>. Nach überwiegender und wohl auch richtiger Meinung erfolgt die Beweisaufnahme grundsätzlich nach den Regeln des Strengbeweises und nur ausnahmsweise mit Hilfe des Freibeweises<sup>36</sup>. Eine solche Ausnahme liegt vor, bei Maßnahmen, die eilbedürftig sind, oder bei nur vorläufigen Maßnahmen, die noch keinen endgültigen Eingriff in die Rechte der Beteiligten enthalten<sup>37</sup>. Rechtsstaatliche Überlegungen verlangen nach dem Strengbeweis als Grundsatz, da durch formlose Ermittlungen viel-

fach die Wahrheitsfindung und die angemessene Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten nicht gewährleistet ist. Auch in den modernen Verfahrensordnungen, wie der VwGO, des SGG und der FGO, ist der Grundsatz der Priorität des Strengbeweises anerkannt, so daß sich die FG dem ebenfalls nicht entziehen sollte.

bb) Gilt also im Grundbuchverfahren grundsätzlich der Strengbeweis, so stellt sich die Frage nach den zulässigen Beweismitteln. Soweit die GBO keine Sonderregelungen enthält, sind gemäß § 15 FGG alle in der ZPO genannten Beweismittel zulässig (Sachverständige, Augenschein, Parteivernehmung, Urkunden und Zeugen); daneben ist die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel anerkannt<sup>38</sup>. Den förmlichen Sachverständigenbeweis<sup>39</sup> wird das Gericht erheben (§ 15 FGG), wenn es sich z. B. über den Geisteszustand eines Beteiligten orientieren will. Die Zuziehung und Auswahl des Sachverständigen ist Aufgabe des Gerichts. Die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit ist gemäß §§ 406, 41, 42 ZPO zulässig<sup>40</sup>; auch eine Beeidigung des Sachverständigen kommt in Betracht. Der Augenscheinbeweis<sup>41</sup> ist in § 15 FGG ausdrücklich zugelassen. Er kann von den Beteiligten oder anderen Personen angeregt werden, angeordnet wird er von Amts wegen. Über die Beteiligtenvernehmung<sup>42</sup> schweigt das FGG. Trotzdem ist es zu Recht h. M., daß die Vorschriften der ZPO über die Parteivernehmung analog anzuwenden sind<sup>43</sup>. Eine Pflicht, als Beteiligter auszusagen, besteht nicht; doch ist die Verweigerung der Aussage vom Gericht frei zu würdigen. Auch eine eidliche Beteiligtenvernehmung kommt in Betracht, da § 15 FGG dies nicht ausschließt<sup>44</sup>. Über den Urkundenbeweis schweigt das FGG; dennoch ist er zulässig<sup>45</sup>. Der Urkundenbegriff ist derselbe wie im Zivilverfahrensrecht. Ein Zwang zur Urkundenvorlage besteht nicht; die Weigerung unterliegt der freien Würdigung (vgl. § 427 ZPO). Die Beweiskraft der Urkunden ist nach den §§ 415 ff ZPO zu beurteilen<sup>46</sup>. Für den Zeugenbeweis<sup>47</sup> gelten nach § 15 FGG die Vorschriften der ZPO, so insbesondere die Regeln über die Zeugnispflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 383 ff ZPO). Für den Zeugen besteht nebeneinander die Verpflichtung zum Erscheinen, zur Aussage und zur Beeidigung der Aussage.

cc) Im Rahmen des Freibeweises sind selbstverständlich alle Beweismittel des Strengbeweises (ohne Einhaltung der

<sup>29</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 170

<sup>30</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 170 (Beispiel 1 a)

<sup>31</sup> Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdnr. 29; Richter Strengbeweis und Freibeweis im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1969, 261

<sup>32</sup> Habscheid § 21 II 1

<sup>33</sup> Eickmann RpfStud 1984, 1, 3

<sup>34</sup> Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Band I Allgemeines Verfahrensrecht, 1955, § 16 V

<sup>35</sup> Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdnr. 29; Jansen, FGG, 2. Aufl., § 12 Rdnrn. 39 ff; Habscheid § 21 II 1

<sup>36</sup> Göppinger, Das Ermessen des Richters, in Juristen-Jahrbuch, Band 9 (1968/69) S. 119; ders., Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, S. 183 Fn. 62; Richter Rpfleger 1969, 261; Nieder NJW 1984, 329, 336; Kollhosser FamRZ 1970, 240

<sup>37</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2; Eickmann RpfStud 1984, 1, 3

<sup>38</sup> Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdnr. 93; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2; Eickmann RpfStud 1984, 1, 3

<sup>39</sup> Vgl. dazu: Habscheid § 21 II 4

<sup>40</sup> BayObLG Rpfleger 1982, 433

<sup>41</sup> Vgl. dazu Habscheid § 21 II 5

<sup>42</sup> Vgl. dazu Habscheid § 21 II 7

<sup>43</sup> BayObLG NJW 1952, 789; Keidel/Kuntze/Winkler § 15 Rdnrn. 35 ff; Bumiller/Winkler, FGG, 3. Aufl., § 15 Anm. 4; Bassenge/Herbst, FGG und RpfGG, 3. Aufl., § 15 FGG Anm. 6; Schlegelberger, FGG, 7. Aufl., § 15 Anm. 27; Baur § 12 IV 5; Habscheid § 21 II 7; Keidel JZ 1954, 564; a. A. BGHSt 5, 111, 114; 10, 272; Jansen § 15 Rdnr. 78; Vogel JR 1949, 430, 432.

<sup>44</sup> BayObLGZ 1952, 102; OLG München JZ 1952, 178; SchIHO LG SchIHA 1955, 203; Keidel/Kuntze/Winkler § 15 Rdnr. 35; Horber § 1 Anm. 5 H; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2; Baur § 20 III; Keidel JZ 1954, 564; Barnstedt DNotZ 1958, 470, 474; a. A. BGHSt 5, 111; 10, 272; BayObLGZ 1977, 274, 286; 1979, 326, 332; Jansen § 15 Rdnr. 78

<sup>45</sup> Vgl. dazu: Habscheid § 21 II 6

<sup>46</sup> Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdnr. 104; Bumiller/Winkler § 15 Anm. 2 d; Bassenge/Herbst § 15 Anm. 5; Schlegelberger § 12 Anm. 27; Habscheid § 21 II 6; Bettermann NJW 1957, 27

<sup>47</sup> Vgl. dazu: Habscheid § 21 II 3

förmlichen Regeln der ZPO) und alle anderen Mittel der Überzeugungsbildung zulässig<sup>48</sup>, z. B. formlose Einholung von Auskünften bei Privatpersonen, Heranziehung und Verwertung von Akten beweiseshalber, überraschender Augenschein, Auskünfte von Behörden, Tonbandaufnahmen, formlose Beteiligten- und Zeugenanhörung.

#### b) Amtsverfahren

aa) Beim Amtswiderspruch (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO) ist der Freibeweis zulässig<sup>49</sup>. Die Eintragung ist wegen der latenten Gefahr gutgläubigen Erwerbs eilbedürftig, und sie enthält zudem keinen endgültigen Rechtseingriff, weil erst die anschließende Grundbuchberichtigung den endgültigen Eingriff darstellt.

bb) Bei einer Amtslöschung (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO) ist nur der Strengbeweis zulässig<sup>50</sup>. Eilbedürftigkeit scheidet aus, weil sich an eine inhaltlich unzulässige Eintragung kein gutgläubiger Erwerb anschließen kann. Die Maßnahme trägt auch endgültigen Charakter, weil sie die Rechtsvermutung des § 891 Abs. 2 BGB auslöst. Sollte eine Amtslöschung zu Unrecht erfolgt sein, so hat dies zwar materiellrechtlich nicht das Erlöschen des Rechtes zur Folge, jedoch besteht die Gefahr des Rangverlustes infolge gutgläubigen Erwerbs eines nachfolgenden Berechtigten.

cc) Bei der Löschung wegen Gegenstandslosigkeit (§§ 84 ff GBO) ist nur der Strengbeweis zulässig<sup>51</sup>. Es liegt weder Eilbedürftigkeit vor, noch handelt es sich um eine vorläufige Eintragung. Sollte entgegen der Auffassung des Grundbuchamts kein Fall der Gegenstandslosigkeit vorgelegen haben, so führt eine zu Unrecht vorgenommene Löschung des Rechts nicht zum Erlöschen, jedoch ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten möglich.

dd) Beim Rangklarstellungsverfahren (§§ 90 ff GBO) ist nur der Strengbeweis zulässig<sup>52</sup>. Die endgültige Feststellung der Rangverhältnisse hat konstitutive Wirkung (§§ 108, 111 GBO), d. h. das bisher bestehende Rangverhältnis wird verändert. Eine vorläufige oder eilbedürftige Maßnahme liegt nicht vor.

#### c) Antragsverfahren

##### aa) Eintragungsbegründende Erklärungen

Dazu gehören alle nach den Vorschriften des Grundbuchverfahrensrechts zur Vornahme der Eintragung für erforderlich bezeichneten Erklärungen, mit Ausnahme des durch ausdrückliche Vorschrift (§ 30 GBO) als formfrei bezeichneten Eintragungsantrages<sup>53</sup> (z. B. Bewilligung § 19 GBO; Zustimmung § 22 Abs. 2, § 27 GBO; Abtretungs- und Belastungserklärungen § 26 GBO; Vollmachten; Vereinigungs-, Zuschreibungs- und Teilungserklärungen; Zustimmungen bei Verfügungsbeeinträchtigungen). Da das Grundbuchverfahren zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, gilt für die eintragungsbegründenden Erklärungen der Strengbeweis<sup>54</sup>. Als Beweismittel kämen daher grundsätzlich die in der ZPO genannten in Frage gemäß § 15 FGG: Sachverständiger, Au-

genschein, Beteiligtenvernehmung, Urkunden und Zeugen. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO besagt jedoch ausdrücklich, daß die eintragungsbegründenden Erklärungen in Form von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden nachzuweisen sind. Die allgemeinen Beweismittel der FG werden also auf Urkunden eingeschränkt, so daß „vom Grundsatz der Beweismittelbeschränkung“ gesprochen werden kann<sup>55</sup>. Ursache für diese Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden ist die konstitutive Wirkung der Grundbucheintragungen; solche einschneidenden und wirtschaftlich herausragenden Wirkungen sollen nur bei größtmöglicher Beweissicherheit der Voraussetzungen eintreten.

##### bb) Unmittelbar eintragungsbegründende Tatsachen

Eintragungsbegründende Tatsachen sind alle anderen Voraussetzungen einer Grundbucheintragung, die nicht in einer von einem Beteiligten abzugebenden rechtsgeschäftlichen oder verfahrensrechtlichen Erklärung bestehen<sup>56</sup> (z. B. Geburt, Tod, Verheiratung, Bedingungseintritt usw.). Der Begriff „unmittelbar“ dient zur Unterscheidung von den „mittelbar“ eintragungsbegründenden Tatsachen (= sog. Nebenumstände) und umfaßt solche Tatsachen, die entweder ein selbständiges Erfordernis der Rechtsänderung (z. B. Briefübergabe, die aber nur beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für den unrechtmäßigen Briefbesitz zu beweisen ist, weil ansonsten die Beibringungspflicht für die ordnungsgemäße Briefübergabe auf Grund eines anerkannten Erfahrungssatzes entfällt<sup>57</sup>) oder die Wirksamkeitserfordernis für einen anderen Tatsachenvorgang sind (z. B. Zeitpunkt der Briefübergabe<sup>58</sup>). Da das Grundbuchverfahren zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, gilt für die unmittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen der Strengbeweis. Als Beweismittel kämen daher grundsätzlich die in der ZPO genannten in Frage gemäß § 15 FGG: Sachverständiger, Augenschein, Beteiligtenvernehmung, Urkunden und Zeugen. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO besagt jedoch ausdrücklich, daß die unmittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen durch die strenge Form der öffentlichen Urkunde nachzuweisen sind, sofern sie nicht ausnahmsweise offenkundig<sup>59</sup> sind. Auch insoweit gilt also der „Grundsatz der Beweismittelbeschränkung“<sup>60</sup>, weil die allgemeinen Beweismittel der FG auf die öffentlichen Urkunden beschränkt werden.

Der Nachweis der unmittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen ist zuweilen nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Erschwernissen möglich.

Beispiel<sup>61</sup>: „A ist Gläubiger einer Briefhypothek. Er tritt das Recht durch Abtretungserklärung und Briefübergabe an B ab. Der Eintragung von B als neuem Gläubiger widerspricht der zwischenzeitlich als Verwalter im Konkurs über das Vermögen des A bestellte Konkursverwalter. Er ist der Auffassung, die Briefübergabe habe erst nach Konkurseröffnung stattgefunden.“

Beweispflicht besteht also für den Zeitpunkt der Briefaushändigung, der kein Nebenumstand ist, weil er keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Abtretungserklärung hat, sondern auf die Wirksamkeit der Übergabe, und diese ist wieder-

<sup>48</sup> Habscheid § 21 II 1; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2

<sup>49</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2; Eickmann RpfIStud 1984, 1, 4; Nieder NJW 1984, 329, 336

<sup>50</sup> Eickmann a.a.O.

<sup>51</sup> Eickmann a.a.O.

<sup>52</sup> Eickmann a.a.O.

<sup>53</sup> Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 II 2

<sup>54</sup> Eickmann (Fn. 2) S. 36

<sup>55</sup> KEHE/Eickmann § 1 Rdnr. 33; Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 2 und 5. Kap. § 5 I 1; Eickmann (Fn. 2) S. 32; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 172; Eickmann RpfIStud 1984, 1, 3; Horber § 1 Anm. 5 H; Nieder NJW 198, 329, 334

<sup>56</sup> Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 II 3

<sup>57</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173 (Beispiel 4 c)

<sup>58</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173

<sup>59</sup> Vgl. dazu: Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 III 1

<sup>60</sup> Vgl. Fn. 55

<sup>61</sup> Nach Eickmann, GBVerfR, S. 178, Fall 48 = Rpfleger 1979, 169, 173 Beispiel 4 b; vgl. auch OLG Frankfurt Rpfleger 1968, 355

um ein selbständiges Element des Rechtserwerbs. Der Beweis ist durch öffentliche Urkunden nicht zu führen. In einem solchen Ausnahmefall, wenn also der Nachweis einer unmittelbaren eintragungsbegründenden Tatsache durch Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Erschwernissen für die Beteiligten möglich ist, kann vom Urkundenbeweis abgesehen werden. Die Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO wird wieder aufgehoben und es gelten die allgemeinen Beweisregeln der Freiwilligen Gerichtsbarkeit: Strengbeweis mit Sachverständigen, Augenschein, Beteiligtenvernehmung, Zeugen, eidesstattliche Versicherung.

cc) Mittelbar eintragungsbegründende Tatsachen (= Nebenumstände)

Darunter versteht man solche Tatsachen, die mittelbare Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine zur Eintragung erforderliche Erklärung sind (sog. Nebenumstände<sup>62</sup>). Folgende Beispiele sind zu nennen:

- Zugang einer Erklärung an den Empfangsberechtigten<sup>63</sup>;
- Aushändigung einer Vollmachtsurkunde<sup>64</sup>;
- Nachweis, daß ein vom Notar vorgelegter Grundpfandbrief sich vorher in der Hand des Gläubigers befunden hat<sup>65</sup>;
- Aushändigung der Eintragungsbewilligung (§ 873 Abs. 2, 4. Alt. BGB<sup>66</sup>);
- Kaufpreiszahlung des Käufers bei Belastung des Grundstücks durch ihn vor seiner Grundbucheintragung (§ 185 Abs. 1 BGB<sup>67</sup>).

Nicht verwechselt werden dürfen diese Nebenumstände für die Wirksamkeit einer Erklärung mit den unmittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen, die entweder ein selbständiges Erfordernis der Rechtsänderung (z. B. Briefübergabe) oder Wirksamkeitserfordernis für einen anderen Tatsachenvorgang (z. B. Zeitpunkt der Briefübergabe) sind. Strittig ist, welche Beweisart für diese Nebenumstände gilt: Richter spricht dem Freibeweis im Grundbuchverfahren jegliche Beachtung ab, verlangt also den Strengbeweis<sup>68</sup>; Eickmann läßt dagegen den Freibeweis genügen<sup>69</sup>. Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>70</sup> und einer rationellen Verfahrensgestaltung wird man den Freibeweis bei den Nebenumständen ausnahmsweise für zulässig erachten können; es ist nämlich Teil des Rechtsstaatsgedankens, daß die gewählten Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen müssen.

Da das Grundbuchverfahren zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, kämen auf Grund des Freibeweises alle echten Beweismittel und alle anderen Mittel der Überzeugungsbildung in Betracht. Die mittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen (= Nebenumstände) fallen jedoch unter § 29 Abs. 1

S. 2 GBO, so daß gemäß dem Grundsatz der Beweismittelbeschränkung nur der Urkundenbeweis zulässig ist, sofern nicht ausnahmsweise Offenkundigkeit vorliegt. Das ist aber normalerweise nicht möglich, weil diese Vorgänge in der Regel nicht beurkundet werden bzw. nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Erschwernissen beurkundet werden können. Die Beweismittelbeschränkung ist also in diesen Fällen wieder aufzuheben und es gelten auf Grund des Freibeweises der FG alle echten Beweismittel und alle anderen Mittel der Überzeugungsbildung<sup>71</sup>. Die Durchbrechung des Grundsatzes der Beweismittelbeschränkung erscheint gerechtfertigt, da die Nebenumstände nur in Ausnahmefällen von Bedeutung sind und mit dem Eintritt eines solchen Ausnahmefalles nicht von vornherein gerechnet zu werden braucht. Außerdem würden sonst für den Nachweis der mittelbaren Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Erklärung strengere Anforderungen gelten (= öffentliche Urkunde § 29 Abs. 1 S. 2 GBO) als für den Nachweis der Erklärung selbst (= Unterschriftsbeglaubigung § 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Zum anderen verbietet es sich, dem Antragsteller eine durch andere Erkenntnisquellen zu beseitigende Beweisnot anzulasten.

Nebenumstände sind auch durch den Anscheinsbeweis nachweisbar; ist er möglich, bedarf es anderer Beweise nicht<sup>72</sup>. Die Struktur des Anscheinsbeweises sieht wie folgt aus<sup>73</sup>: „Es ist eine Tatsache X zu beweisen, was jedoch schwer oder gar nicht möglich ist. Bekannt oder leicht nachweisbar ist eine Tatsache Y. Zwischen X und Y besteht eine logische Verknüpfung des Inhalts, daß, bei vernünftiger Würdigung, im Regelfall X vorgelegen haben muß, wenn Y feststeht.“

Beispiel<sup>74</sup>: „A hat dem B eine Hypothek bewilligt. B legt am 1.2. die Bewilligung des A vor und stellt den Eintragungsantrag. Am 2.2. wird über das Vermögen des A der Konkurs eröffnet.“

Ein Rechtserwerb durch B ist noch gemäß § 878 BGB möglich. Voraussetzung dafür ist neben der vorliegenden rechtzeitigen Antragstellung die Bindung an die Einigung, die nach § 873 Abs. 2, 4. Alt. BGB eingetreten sein kann. Nachzuweisen ist also die Aushändigung der Bewilligung von A an B (= Tatsache X). Urkundlicher Nachweis ist kaum möglich. Bekannt ist der Besitz der Bewilligung durch B (= Tatsache Y). Bei vernünftiger Würdigung des Falles muß ein Beurteilender im Regelfall davon ausgehen, daß B die Bewilligung von A erhalten hat.

dd) Eintragungshindernde Umstände

Umstände, die geeignet sind, eine beantragte Eintragung zu verhindern, sind beispielhaft: Zugang eines Widerrufs bezüglich einer Vollmacht; fehlende Geschäftsfähigkeit<sup>75</sup>; Vorliegen einer Verfügungsbeeinträchtigung<sup>76</sup>. Bei Zweifeln am Bestehen der dinglichen Einigung soll im Falle des § 19 GBO trotzdem eine Pflicht zur Eintragung bestehen, weil die Einigung auch nachgeholt werden könne<sup>77</sup>. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Bewilligung ist zwar grundsätzlich ein ausreichender Nachweis für das Vorliegen, die Rechtsbeständigkeit und die Wirksamkeit der dinglichen Einigung

<sup>62</sup> KGJ 35, 235; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173; Nieder NJW 1984, 329, 335

<sup>63</sup> KG JFG 2, 408

<sup>64</sup> KGJ 35, 235

<sup>65</sup> KGJ 32, 290

<sup>66</sup> Eickmann, GBVerfR, S. 179, Fall 49 = Rpfleger 1979, 169, 173 Beispiel 5

<sup>67</sup> BayObLGZ 1970, 254, 256 = Rpfleger 1970, 431

<sup>68</sup> Richter Rpfleger 1969, 261, 266

<sup>69</sup> Eickmann (Fn. 2) S. 36

<sup>70</sup> BVerfGE 35, 382, 401

<sup>71</sup> KG JFG 2, 408; KGJ 32, 290; 35, 235; DNotZ 1954, 472; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 173; Nieder NJW 1984, 329, 335

<sup>72</sup> Eickmann, Nieder Je a.a.O.

<sup>73</sup> Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 43 II 1

<sup>74</sup> Eickmann, GBVerfR, S. 179 Fall 49 = Rpfleger 1979, 169, 173 Fall 5

<sup>75</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 (Beispiel 1 b)

<sup>76</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 169, 171 (Beispiel 2 b und c)

<sup>77</sup> OLG Hamm Rpfleger 1973, 137; KEHE/Ertl Einl. C Rdnr. 72

gung<sup>78</sup>, d. h. an das Vorliegen der Bewilligung ist eine Vermutung für das Vorliegen der Rechtsänderungsvoraussetzungen geknüpft. Diese Vermutung kann aber gemäß § 29 ZPO durch den Gegenbeweis entkräftet werden<sup>79</sup>. Da nur die dingliche Einigung die Grundbucheintragung rechtfertigt<sup>80</sup>, ist eine entsprechende Beweiserhebung durchzuführen, wenn Tatsachen vorgebracht werden, die hinreichende Zweifel am Bestehen der dinglichen Einigung ergeben<sup>81</sup>.

Da das Grundbuchverfahren zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, stellt sich die Frage nach der Beweisart: Strengbeweis oder Freibeweis. Zum Teil wird der Freibeweis befürwortet, weil der Strengbeweis der Leichtigkeit des Grundbuchverfahrens entgegenstehen und kein streitiges Rechtsverhältnis vorliegen soll<sup>82</sup>. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Bei der Geltendmachung von Eintragungshindernissen erhält das Grundbuchverfahren nämlich quasi — kontradiktorischen Charakter. Außerdem ist unstreitig, daß Tatsachen dann durch Strengbeweis zu ermitteln sind, wenn auf sie eine Entscheidung gegründet werden soll, die einen Grundrechtseingriff enthält<sup>83</sup>. Da die Feststellung eintragungshindernder Umstände zur Antragszurückweisung führt, kann unter Berücksichtigung des Art. 14 GG<sup>84</sup> nur der Strengbeweis zulässig sein<sup>85</sup>.

Auf Grund des Strengbeweises kommen nur die in der ZPO genannten echten Beweismittel in Betracht (§ 15 FG): Sachverständiger, Augenschein, Beteiligtenvernehmung, Urkunden, Zeugen und eidesstaatliche Versicherung. Der Grundsatz der Beweismittelbeschränkung auf Urkunden (§ 29 Abs. 1 GBO) gilt nicht, da die eintragungshindernden Umstände weder vom Wortlaut noch vom Telos des § 29 GBO erfaßt werden<sup>86</sup>. Der Sinn und Zweck des Urkundenbeweises nach § 29 Abs. 1 GBO ist darauf gerichtet, daß die eine Grundbucheintragung rechtfertigenden Unterlagen eine größtmögliche Gewähr für die Grundbuchrichtigkeit bieten. Wollte man die eintragungshindernden Umstände der gleichen Formstrenge unterwerfen, so wäre ihr Beweis in der Regel nicht möglich, was u. U. eine Grundbuchunrichtigkeit zur Folge hätte, was § 29 GBO aber gerade verhindern will. Sinn und Zweck des § 29 GBO würden in ihr Gegenteil verkehrt.

## II. Beweiswürdigung

Sind für die beweispflichtigen Tatbestände Beweise beigebracht worden, so muß sie der Grundbuchrechtspfleger würdigen, d. h. sie dahingehend untersuchen, ob sie geeignet sind, ihm die erforderliche Überzeugung vom Bestehen der entscheidungserheblichen Voraussetzungen zu vermitteln<sup>87</sup>.

<sup>78</sup> KG HRR 1930 Nr. 42; BayObLG NJW 1967, 1284; Motive BGB III S. 186 ff.; Du Chesne, Grundbuchverfahren, 1919, S. 25

<sup>79</sup> OLG Hamburg NJW 1952, 147; Rosenberg, Die Beweislast, S. 233

<sup>80</sup> So schon die Motive zum 1. Entw. der GBO, S. 72; ebenso die Denkschrift zur GBO (vgl. Hahn-Mugdan, Bd. 5, S. 156)

<sup>81</sup> Eickmann (Fn. 2) S. 34

<sup>82</sup> Vassel, Das Grundbucheintragsverfahren und die materielle Richtigkeit des Grundbuchs, 1970, S. 74, 75

<sup>83</sup> Keidel/Kuntze/Winkler § 15 Rdnr. 1

<sup>84</sup> Habscheid NJW 1967, 226

<sup>85</sup> Eickmann (Fn. 2) S. 35; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 172; Nieder NJW 1984, 329, 336

<sup>86</sup> BGHZ 35, 135, 139 = Rpfleger 1961, 233; BayObLGZ 1954, 286, 292 = DNotZ 1955, 594; 1967, 13 = Rpfleger 1967, 145; OLG Frankfurt Rpfleger 1974, 396; Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 III 2.2; Eickmann (Fn. 2) S. 34; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 172; Nieder NJW 1984, 329, 335

<sup>87</sup> Eickmann Rpfleger 1979, 174

## 1. Unmittelbare Eintragungsvoraussetzungen

Darunter fallen die eintragungsbegründenden Erklärungen, die mit öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden nachzuweisen sind (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO) und die unmittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen, die grundsätzlich nur mit öffentlichen Urkunden bewiesen werden können (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO). Insoweit dürfte die Beweiswürdigung keine Schwierigkeiten bereiten, da die Beweiswirkungen genau umschrieben sind. Urkunden erbringen nach den §§ 415 ff ZPO i.V.m. §§ 8 ff BeurkG den vollen Beweis, daß in ihnen enthaltene Erklärungen sowohl inhaltlich wie nach Zeit und Ort wie beurkundet abgegeben wurden; die Beweiskraft der Urkunde erfaßt auch die Feststellungen über die Beteiligten<sup>88</sup>. Mit der Unterschriftsbeglaubigung (§§ 39, 40 BeurkG) wird der volle Beweis erbracht über alle im Beglaubigungsvermerk genannten Tatsachen (Ort und Zeit der Beglaubigung, Feststellungen über die Person, Personenstand usw.<sup>89</sup>); ferner, daß die Erklärung von dem als Aussteller bezeichneten abgegeben ist (§ 416 ZPO). Außerdem wird die Echtheit der Erklärung vermutet (§ 440 Abs. 2 ZPO).

## 2. Sonstige Tatbestände

Darunter fallen die mittelbar eintragungsbegründenden Tatsachen, sog. Nebenumstände, die mit allen echten Beweismitteln und allen anderen Mitteln der Überzeugungsbildung nachzuweisen sind — sofern nicht der Anscheinsbeweis eingreift — und die eintragungshindernden Umstände, die nur mit den in der ZPO genannten echten Beweismitteln bewiesen werden können. In beiden Fällen ist der Grundbuchrechtspfleger nicht an die strengen Beweisregeln der §§ 415 ff ZPO gebunden, vielmehr gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung<sup>90</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob Streng- oder Freibeweis zu erheben ist, denn das betrifft nur die Beweismittel. Feste Regeln für die Durchführung der Beweiswürdigung aufzustellen, ist schlechthin unmöglich<sup>91</sup>. Es genügt ein für das praktische Verfahren brauchbarer Grad von Gewißheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschalten<sup>92</sup>. Letztlich liegt es an der Person des Rechtspflegers: Ängstliches Erwägen selbst entferntester Möglichkeiten hat zu unterbleiben, gedankenlose Grobzügigkeit ist nicht gefragt, Gespür für die Besonderheiten des Einzelfalles ist notwendig und Verständnis für die Notwendigkeit eines geordneten rationellen Verfahrens darf nicht fehlen<sup>93</sup>.

## 3. Ergebnis der Beweiswürdigung

Am Ende der Beweiswürdigung steht eine Erkenntnis des Grundbuchrechtspflegers, die wie folgt aussehen kann<sup>94</sup>:

— Alle Eintragungsvoraussetzungen liegen vor und alle Eintragungshindernisse fehlen: Grundbucheintragung erfolgt.

<sup>88</sup> Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 I 3.1

<sup>89</sup> Eickmann, GBVerfR, 5. Kap. § 5 I 3.2

<sup>90</sup> Eickmann, GBVerfR, 7. Kap. § 1 I 2; Eickmann (Fn. 2) S. 35; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174

<sup>91</sup> Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 43 II 1

<sup>92</sup> BGHZ 53, 254, 255

<sup>93</sup> Eickmann, GBVerfR, 7. Kap. § 1 I 2; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174

<sup>94</sup> Eickmann, GBVerfR, 7. Kap. § 1 I 3; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174

- Es liegen nicht alle Eintragungsvoraussetzungen vor und die Mängel können auch nicht mit den erforderlichen Rechtswirkungen beseitigt werden: Zurückweisung ergeht.
- Es ist weder der Beweis über das Vorliegen noch über das Nichtvorliegen eines entscheidungserheblichen Kriteriums gelungen (= sog. non liquet); in diesem Fall wird die Entscheidung des Grundbuchrechtspflegers durch die Regeln über die Feststellungslast bestimmt.

### III. Feststellungslast

#### 1. Allgemeines

Gelegentlich wird behauptet, die Freiwillige Gerichtsbarkeit, und somit auch das Grundbuchverfahren, kenne keine Feststellungslast (objektive Beweislast<sup>95</sup>). Das kann nicht richtig sein. Denn eine Feststellungslast gibt es überall dort, wo der Rechtspfleger einen Tatbestand unter Rechtssätze zu subsumieren hat. Die geltende Rechtsordnung muß Regeln aufstellen, wie der Rechtspfleger bei einem „non liquet“ zu entscheiden hat<sup>96</sup>. Eine Feststellungslast kennt somit auch das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>97</sup> und das Grundbuchverfahren<sup>98</sup>.

#### 2. Das Amtsverfahren

In den Amtsverfahren darf der Rechtspfleger, wenn er nicht zur vollen Überzeugung gelangt ist, die in Frage kommende Maßnahme nicht durchführen. Die Feststellungslast trägt in diesen Verfahren das Grundbuchamt<sup>99</sup>.

#### 3. Antragsverfahren

a) Es gilt der allgemeine Verfahrensgrundsatz, daß derjenige, der ein Recht in Anspruch nimmt — das wird regelmäßig der Antragsteller sein — die Feststellungslast trägt<sup>100</sup>. Das bedeutet für das Grundbuchverfahren, daß der Antragsteller die Feststellungslast für alle Voraussetzungen der sein Eintragungsbegehren begründenden Normen

trägt<sup>101</sup>. Gelingt ihm das nicht zur Überzeugung des Grundbuchamts, so ist der Antrag abzulehnen.

b) In bezug auf das Nichtvorliegen rechtshindernder oder rechtsvernichtender Normen (z. B. fehlende Geschäftsfähigkeit, Verhandensein von Verfügungsbeeinträchtigungen, Sittenwidrigkeit, Vertragsaufhebung, Widerruf der Einigung, Anfechtung einer Willenserklärung) trifft den Antragsteller grundsätzlich keine Feststellungslast<sup>102</sup>.

c) Sind Voraussetzungenormen oder rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Normen als Regel- und Ausnahme-Vorschriften ausgestaltet (z. B. es sei denn, dies gilt nicht, ausgenommen, ausgeschlossen), so gilt:

— Ist die Regelnorm dem Antragsteller günstig, dann trägt er bezüglich der ihm ungünstigen Ausnahmeregel keine Feststellungslast<sup>103</sup>. § 892 BGB ist eine Regel- und Ausnahme-Vorschrift. Die Gutgläubigkeit des Erwerbers ist die Regel<sup>104</sup>, für den antragstellenden Erwerber ist dies günstig. Für die Ausnahme der Bösgläubigkeit trifft den Antragsteller somit keine Feststellungslast.

— Ist die Regelnorm dem Antragsteller ungünstig, dann trifft ihn die Feststellungslast bezüglich der ihm günstigen Ausnahmeregel<sup>105</sup>. § 181 BGB ist eine Regel- und Ausnahme-Vorschrift. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist die Regel, für den Antragsteller ist dies ungünstig. Für den Ausnahmefall der „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ trifft den Antragsteller somit die Feststellungslast.

d) Für die Feststellungslast wichtig sind die Rechtsvermutungen, z. B. § 891 BGB; sie haben zur Folge, daß denjenigen, der sich auf sie beruft, niemals eine Feststellungslast trifft, d. h. ein „non liquet“ geht stets zu seinen Gunsten<sup>106</sup>. Für § 891 BGB bedeutet dies, daß derjenige, der sich auf eine dem Wortlaut des Buches widersprechende Rechtslage beruft, dem Grundbuchamt die volle Überzeugung von der Grundbuchunrichtigkeit verschaffen muß; ein „non liquet“ geht zu seinen Lasten.

<sup>95</sup> OLG Neustadt FamRZ 1961, 541 = JZ 1962, 417 m. Anm. Habscheid

<sup>96</sup> Rosenberg, Die Beweislast, § 3 IV 1

<sup>97</sup> KG OLGE 1971, 260, 267; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 310, 311; Habscheid § 21 III 2

<sup>98</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 3; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174

<sup>99</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 3; Habscheid § 21 III 2 a; Bärman § 16 I 4 c

<sup>100</sup> Habscheid § 21 III 2 b

<sup>101</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 3; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 175

<sup>102</sup> Habscheid § 41 II 7; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 175

<sup>103</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 3; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174 (Beispiel 6 c)

<sup>104</sup> LG Aachen DNotZ 1984, 767

<sup>105</sup> Eickmann, GBVerfR, 2. Kap. § 2 IV 3; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 174 (Beispiel 6 d)

<sup>106</sup> Habscheid § 21 III 2 b; Eickmann Rpfleger 1979, 169, 175

## II. Rechtsprechung

### A. Bürgerliches Recht

1. AGBG § 1 (Kein Aushandeln i. S. d. AGBG bei Anbieten zweier Vertragsalternativen)

**Aushandeln im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG kann nur bejaht werden, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelungen ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich zur Disposition stellt.**

BGH, Urteil vom 3.7.1985 — IV a ZR 246/83 —

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte will die von der Klägerin begehrte Maklerprovision nicht zahlen, weil er die Vertragsklausel, auf welche die Klägerin ihr Begehren stützt, für unwirksam hält.

Die Klägerin ist eine GmbH, die im Immobilienbereich Makleraufgaben wahrnimmt. Der Beklagte wollte 1980 sein Einfamilienhaus verkaufen. Deshalb wandte er sich an eine Geschäftsstelle der Klägerin. Er unterzeichnete ein Auftragsformular der Klägerin, das deren Angestellte W. zuvor ausgefüllt und ebenfalls unterzeichnet hatte. Das Formular enthält insgesamt neun Nummern. Es hat u. a. folgenden Wortlaut:

„1. Der Auftraggeber entscheidet zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung:

a) Intensive Nachweis- oder Vermittlungsbemühungen, wobei sich die Gesellschaft neben der Auswertung des vorhandenen Interessenbestandes verpflichtet, individuell nach einem geeigneten Vertragspartner zu suchen. Diese Tätigkeit wird durch eine angemessene Werbung auf Kosten der Gesellschaft nachhaltig unterstützt, die der Art und dem Umfang des in Auftrag gegebenen Objektes entspricht.

Als Gegenleistung für diese Verpflichtung der Gesellschaft verzichtet der Auftraggeber darauf, sich selbst um einen Vertragsabschluß zu bemühen oder Dritte dabei einzuschalten. Er verspricht, der Gesellschaft alle Interessenten für das Objekt vor Vertragsabschluß zur Auftragserteilung zuzuführen. Bei Verletzung dieser Vereinbarung entrichtet der Auftraggeber eine Courtage von 2% + MwSt vom Kaufpreis an die Gesellschaft.

b) Allgemeine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit, die im wesentlichen auf die Auswertung des vorhandenen Interessenbestandes ausgerichtet ist. Die Gesellschaft ist zu werblichen Vorleistungen nicht verpflichtet.

2. Für den Nachweis oder die Vermittlung zahlt der Auftraggeber bei Veräußerung des Objektes an die Gesellschaft eine Courtage von 2% vom gesamten Wirtschaftswert des Vertrages unter Einschluß aller damit zusammenhängenden Nebenabreden und Ersatzgeschäfte zuzüglich Mehrwertsteuer.

6. Dieser Auftrag gilt unbeschadet einer entgeltlichen Tätigkeit für die Gegenseite und ist nur durch schriftliche Benachrichtigung an die obige Anschrift mit einmonatiger Frist frühestens zum Ablauf von sechs Monaten kündbar.“

An der auf dem Formular vorgesehenen Stelle wurde vermerkt, daß der Beklagte sich für die Auftragsdurchführung nach 1. a) entschieden habe.

Zum Abschluß mit einem von der Klägerin benannten Interessenten kam es nicht. Vielmehr veräußerte der Beklagte sein Haus an einen von ihm selbst gefundenen Käufer. Unter Hinweis auf die Klausel 1. a) des Formularvertrages verlangt die Klägerin aus einem Kaufpreis von 190.000,— DM 2% Maklerprovision zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 4.294,— DM nebst Zinsen. Der Beklagte meint, die Klausel sei wegen Verstoßes gegen das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam; außerdem habe die Klägerin sich nicht ausreichend bemüht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen finde keine Anwendung, weil die Klausel Nr. 1. a) des Formularvertrages als im einzelnen ausgehandelt im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG anzusehen sei.

Das Landgericht hatte nach seiner Beweisaufnahme festgestellt, vor dem eigentlichen Abschluß des Vertrages habe die als Zeugin vernommene Angestellte W. mit dem Beklagten eingehend mündlich die Möglichkeiten erörtert, die die Klägerin dem Beklagten für den Abschluß eines Maklervertrages biete; der Beklagte habe sich für den mündlich erläuterten Abschluß eines Vertrages gemäß Nr. 1. a) entschieden. Diese Beweiswürdigung hält das Berufungsgericht für bedenkenfrei und nach dem protokollierten Ergebnis der Vernehmung für zutreffend.

Der Beklagte sei demnach, so meint das Berufungsgericht, nicht vor die Wahl gestellt worden, abzuschließen oder nicht. Ihm sei für den Fall, daß er die besonderen Bedingungen der Klägerin nicht gewollt habe, der Abschluß eines Maklervertrages nach dem gesetzlichen Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuches angeboten worden. Mehr Verhandlungsbereitschaft über den Inhalt von allgemeinen Geschäftsbedingungen brauche deren Verwender nicht zu zeigen.

Der Anspruch der Klägerin beruhe damit auf einer individuell ausgehandelten Vereinbarung, pauschalierten Aufwendungs- und Schadensersatz als Ersatz für entgangenen Gewinn zu zahlen. Eine vertragswidrige Untätigkeit der Klägerin sei nicht festzustellen.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 1 Abs. 2 AGBG enthalten Rechtsfehler.

1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie die in Nr. 1. a) Abs. 2 Satz 2 des hier fraglichen Vertragsformulars, mit der dem Maklerkunden die Verpflichtung auferlegt wird, von ihm selbst geworbene Interessenten dem Makler zuzuführen oder mit ihnen nur unter Zuziehung des Maklers abzuschließen, ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam; sie ist mit dem Grundgedanken der in § 652 BGB enthaltenen gesetzlichen Regelung nicht vereinbar (Senatsurteil BGHZ 88, 368; vgl. auch schon BGHZ 60, 377).

2. Deshalb ist entscheidend, ob es sich bei den Bestimmungen des Vertragsformulars um solche handelt, auf welche § 9 AGBG Anwendung findet. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen gemäß § 1 Abs. 2 AGBG nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

a) Was das Berufungsgericht zu der Frage des Aushandelns festgestellt hat, ist wegen seiner Bezugnahme dem Urteil des Landgerichts zu entnehmen. Danach hat die Zeugin den Beklagten lediglich über die wesentlichen Klauseln — damit sind jedenfalls Nr. 1. und 2. gemeint — und seine Wahlmöglichkeit bezüglich Nr. 1. genau unterrichtet. Von Feststellungen kann nicht entnommen werden, daß sie von der Wahlmöglichkeit abgesehen die Verhandlungsbereitschaft der Klägerin hinsichtlich des Inhalts der angebotenen Klauseln

irgendwie habe erkennen lassen. Sie hat dem Beklagten nur eingehend auseinandergesetzt, daß die Klägerin auf der Basis eines Alleinauftrages oder aber einer allgemeinen Vermittlungstätigkeit tätig werden könne; dem Beklagten seien somit die Bedingungen, zu denen die Klägerin einen Alleinauftrag übernehme, bekannt gemacht worden. Ein Hinweis darauf, daß konkrete Verhandlungen über den Vertragsinhalt stattgefunden hätten oder gar der Inhalt der verschiedenen Vertragsbestimmungen zur freien Disposition gestanden habe, ist den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen.

Hiernach ist jedenfalls möglich, daß dem Beklagten die jeweils zu wählende Variante a) oder b) als unabänderlich dargestellt und daß ihm nur deren jeweiliger Inhalt näher erläutert wurde.

b) Unter diesen Umständen ist dem Beklagten lediglich das Angebot unterbreitet worden, unkündbar für den Zeitraum von sechs Monaten entweder die Zuziehungsklausel mit der Sanktion voller Provisionszahlung in Kauf zu nehmen, oder aber eine nicht intensive, nämlich im wesentlichen sich in der Karteiauswertung erschöpfende Maklertätigkeit gemäß § 652 BGB mit ausdrücklicher Gestattung der Tätigkeit auch für den Vertragsgegner zu vereinbaren. Ein solches Angebot bedeutet noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG; seine bloße Erläuterung mit der Folge der umfassenden Kenntnisnahme reicht angesichts des Schutzzwecks des Gesetzes ebenso wenig (*Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB Kommentar 4. Aufl. § 1 Rdnr. 49 m. w. N.; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG § 1 Rdnr. 35; *Staudinger/Schlosser*, 12. Aufl. AGBG § 1 Rdnr. 30 und 31).

c) Der Erwägung des Berufungsgerichts, der Verwender brauche nicht mehr Verhandlungsbereitschaft als den Abschluß eines Vertrages nach den gesetzlichen Bestimmungen des BGB zu zeigen, wenn sein Vertragspartner sich nicht für die besonderen Bedingungen des Verwenders entschließen wolle, kann nicht gefolgt werden.

In Nr. 1. und 2. des Vertragsformulars wird der für den Maklerkunden regelmäßig wichtigste Teil des Vertragsinhalts festgelegt. Mit dem Einräumen der im Formular allein vorgesehenen Wahlmöglichkeit ist dieser Teil und seine konkrete Ausformung jedoch nicht, wie es für ein Aushandeln erforderlich wäre, von beiden Seiten in den jeweiligen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen worden. Die hier gegebene Wahlmöglichkeit erlaubte dem Beklagten nicht, in rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung und -verantwortung sich die Regelung voll zueigen zu machen (*Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB Kommentar 4. Aufl. § 1 Rdnr. 48). Vielmehr stellt die Klägerin ihm nach den bisherigen Feststellungen zwei unabänderliche Vertragsgestaltungen gegenüber, die sie lediglich in einem Formular zusammengefaßt hatte. Aushandeln im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG kann aber nur bejaht werden, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich zur Disposition stellt, nicht aber, wenn er diesen „gesetzesfremden“ Kerngehalt bei ablehnender Haltung des Vertragsgegners einfach zugunsten einer anderen, unabänderlich vorgefertigten Vertragsgestaltung entfallen läßt. Erschöpft sich die Freiheit des Aushandelns darin, statt AGB die ohne AGB sowieso eingreifende gesetzliche Regelung „wählen“ zu können, dann wird in Wahrheit keine Möglichkeit des Aushandelns eingeräumt, weil eine solche sich nur auf die das Gesetz ändernden oder ergänzenden AGB beziehen kann und muß.

Für das Aushandeln im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG fehlen angesichts der bisherigen Feststellungen sowohl die Bereitschaft des Verwenders zu konkreter Abänderung des vorformulierten Vertragsinhaltes als auch die Kundmachung dieser Bereitschaft. Weil das Aushandeln mehr voraussetzt als die lediglich theoretische Bereitschaft dazu, kann auf die Bekundung der Bereitschaft seitens des Verwenders nicht verzichtet werden, es sei denn, der Vertragsgegner des Verwenders wisse anderweitig davon. Das hat der Bundesgerichtshof schon mehrfach ausgesprochen (Senatsurteil vom 26.2.1981 — IV a ZR 99/80 — WM 1981, 561 unter 2.; Urteil vom 15.12.1976 — IV ZR 197/75 — LM BGB § 652 Nr. 61 unter 1 2 c, insbesondere Bl. 2 R [= *MittBayNot* 1977, 54]).

4. Eine abschließende Entscheidung kann der Senat nicht treffen. Der Klägerin darf der im dargelegten Sinne umfassende Nachweis für das Aushandeln, den sie zu erbringen hat, nicht abgeschnitten werden. Sie hat in ihrer Berufungserwiderung behauptet, die einzelnen Bedingungen des Vertrages zur Disposition gestellt und dem Beklagten die Bereitschaft, über den Vertragsinhalt zu verhandeln, ausdrücklich erklärt zu haben. Sie hat dazu um „die Wiederholung der Beweisaufnahme“ gebeten.

## 2. BGB § 313 Satz 1 (*Beurkundungspflicht der Anrechnung von Kaufpreisvorauszahlungen*)

**Es wird daran festgehalten, daß bei einem Grundstückskaufvertrag die Einigung über die Anrechnung einer Vorauszahlung dem Formzwang nach § 313 Satz 1 BGB unterliegt (Bestätigung des Senatsurteils vom 11. November 1983, V ZR 150/82, NJW 1984, 974 = WM 1984, 170). Dies gilt auch, wenn eine Vorauszahlung überwiesen und erst nach Vertragschluß gutgeschrieben wird.**

BGH, Urteil vom 20.9.1985 — V ZR 148/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

### *Aus dem Tatbestand:*

Durch notariellen Vertrag vom 29. Dezember 1978 verkaufte der Beklagte der Klägerin eine damals erst noch wegzumessende, durch Einzelzeichnung in einen Lageplan näher bestimmte Teilfläche von ca. 750 qm eines Grundstücks. Zugleich erklärten die Parteilchen die Auflassung und verpflichteten sich zur sofortigen geometrischen Vermessung und Vermarkung des Vertragsgrundstückes, zur Beurkundung der Messungsanerkennung und zur Wiederholung der Auflassung nach Vorliegen des geprüften Veränderungsnachweises des Vermessungsamtes. Als Kaufpreis wurde ein Betrag von 50 000 DM beurkundet. Am Tage der Beurkundung, noch vor der notariellen Verhandlung, begab sich die Klägerin mit dem Beklagten zur Stadtparkasse A., um dessen Girokonto 25 000 DM gutzubringen. In der notariellen Niederschrift ist dieser Vorgang nicht erwähnt; dort heißt es lediglich, der Kaufpreis sei bis spätestens 15. Januar 1979 zu zahlen.

Der Beklagte weigert sich, das Ergebnis der inzwischen durchgeführten amtlichen Vermessung anzuerkennen und die verkaufte Teilfläche erneut aufzulassen. Er hält den Vertrag für nichtig, weil entgegen dem Text der Vertragsurkunde ein Kaufpreis von 75 000 DM vereinbart worden sei. Die Klägerin bestreitet die Vereinbarung eines höheren als des beurkundeten Entgelts. Sie hat beantragt, „den Beklagten zu verurteilen, die zur Durchführung der Eigentumsumschreibung erforderlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere die Vermessung anzuerkennen und die Auflassung zu erklären“.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Parteien einen höheren als den beurkundeten Kaufpreis vereinbart haben. Es unterstellt gemäß dem Vortrag der Klägerin, daß der von

Ihr überwiesene Betrag von 25 000 DM kein zusätzlicher Kaufpreis, sondern eine Anzahlung auf den tatsächlich vereinbarten (und beurkundeten) Kaufpreis von 50 000 DM gewesen sei. Auch für diesen Fall erachtet es den Vertrag als nichtig (§§ 313 Satz 1, 125 Satz 1 BGB), weil „die getroffene Abrede über die Anrechnung der Vorauszahlung in der notariellen Niederschrift nicht enthalten“ sei (Hinweis auf das Senatsurteil vom 11. November 1983, V ZR 150/82, WM 1984, 170 = NJW 1984, 974 [= MittBayNot 1984, 20 = DNotZ 1984, 236]); daß die Bankgutschrift zugunsten des Beklagten möglicherweise erst nach der notariellen Beurkundung erfolgt sei, ändere an der Beurkundungsbedürftigkeit der Anrechnungsvereinbarung nichts. Besondere Umstände, die dafür sprechen könnten, daß trotz der Nichtigkeit dieser Vereinbarung der Vertrag im übrigen wirksam sei (§ 139 BGB), sind nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ersichtlich.

2. Diese Begründung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Zutreffend ist der Ausgangspunkt, wonach bei Grundstücksgeschäften alle Vereinbarungen beurkundungsbedürftig sind, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (st. Rspr., vgl. etwa BGHZ 85, 315, 317; 69, 266, 268 [= MittBayNot 1978, 4]; 63, 315, 317; ebenso schon RGZ 51, 181; 93, 219, 220 m.w.N.). Zu den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen gehört nur der Teil der Erklärungen, der eine Regelung enthält, d. h. Rechtswirkungen erzeugt (BGHZ 85, 315, 317 m.w.N.). Der Senat hat in seinem vom Berufungsgericht angeführten Urteil vom 11. November 1983 den — schon in BGHZ 85, 315, 318 angedeuteten — Standpunkt eingenommen, daß hiernach eine Abrede über die Anrechnung einer (baren) Vorauszahlung auf die beurkundete Kaufpreisforderung dem Beurkundungszwang nach § 313 Satz 1 BGB unterliege, weil sie konstitutive, rechtserzeugende Bedeutung habe. Die hiergegen im Schrifttum erhobenen Einwände (*Singer*, JR 1983, 356 ff; ihm zustimmend *MünchKomm/Kanzleiter*, 2. Aufl. § 313 Fn. 157; *Heinrichs* in *Palandt*, BGB 44. Aufl. § 362 Anm. 4 a; a. A. allerdings ders. aaO § 313 Anm. 8 b bb und in *MünchKomm* 2. Aufl. § 362 Rdnr. 13; vgl. auch — differenzierend — *Backhaus*, JuS 1985, 512 ff) geben dem Senat keine Veranlassung, von seiner — auch der Rechtssicherheit dienenden — Rechtsprechung abzurücken: Die Vorauszahlung eines Teils des Kaufpreises schafft nicht nur das — in BGHZ 85, 315, 318 und BGH NJW 1984, 974 [= MittBayNot 1984, 20 = DNotZ 1984, 236] hervorgehobene — Problem der Erfüllungswirkung, sondern betrifft zugleich die vorgeordnete Frage, in welcher Weise der Kaufpreis erbracht werden soll. Die Anrechnungsvereinbarung enthält damit zugleich eine Rechtsgrundabrede für die vor Vertragsschluß erbrachte Teilleistung und begründet eine der Vertragserfüllung gedanklich vorausgehende Verpflichtung. Sie bedarf daher der notariellen Beurkundung. Die Beweisfunktion der notariellen Urkunde würde ausgehöhlt und vermeidbaren Rechtsstreitigkeiten Vorschub geleistet, wenn die notarielle Urkunde über einen für die Vertragsabwicklung so wesentlichen Umstand keinen Aufschluß zu geben brauchte. Es kann deshalb auch im Interesse der Rechtssicherheit nicht hingenommen werden, daß die Parteien eine einverständlich im voraus erbrachte Teilleistung in der notariellen Verhandlung verschweigen und statt dessen gar — wie hier — für den gesamten Kaufpreis eine einheitliche Fälligkeitsabrede beurkunden lassen, die den Eindruck erweckt, der Verkäufer solle erst von dem beurkundeten — späteren — Fälligkeitstermin an Leistungen beanspruchen, dann aber noch den vollen Kaufpreis verlangen können.

Im übrigen geht auch die Begründung der Revision fehl: eine Anrechnungsvereinbarung habe hier nicht getroffen werden brauchen (und sei nicht getroffen worden), weil es sich nicht um eine bare Vorauszahlung, sondern um eine Überweisung gehandelt habe. Auch wenn eine Überweisung vorläge und der Leistungserfolg (Erfüllung) durch die Gutschrift (vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht 2. Bearb. Rdnr. 476) erst nach dem Vertragsschluß eingetreten wäre, hätte dies doch die Modalitäten der Kaufpreisschuld beeinflußt und in der tatsächlich beurkundeten Fälligkeitsabrede einen unzutreffenden Niederschlag gefunden. Das Berufungsgericht ist daher ohne Rechtsverstoß von einer beurkundungsbedürftigen Anrechnungsvereinbarung ausgegangen.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiter angenommen, daß die Formnichtigkeit der Anrechnungsvereinbarung die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge habe, weil Umstände, welche die dahingehende gesetzliche Vermutung des § 139 BGB widerlegen könnten, nicht ersichtlich seien. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte sich — im Anschluß an BGHZ 85, 315, 318 — damit auseinandersetzen müssen, daß die Klägerin hier den bankmäßigen Überweisungsbeleg über die Leistung von 25 000 DM als Beweismittel besessen habe. Die Revision übergeht dabei den Umstand, daß dieser Beleg nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts den Vermerk „Hauskauf 75.000,— DM“ trägt und damit gerade nicht den zweifelsfreien Beweis dafür erbringen kann, daß die Klägerin die Anzahlung auf einen nur in Höhe von 50 000 DM vereinbarten Kaufpreis erbracht habe. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, spricht der Beleg vielmehr deutlich dafür, daß die Parteien einen höheren als den verbrieften Kaufpreis vereinbart haben und die Anzahlung auf den nicht beurkundeten Teil des Kaufpreises geleistet worden ist. Schon deswegen brauchte sich das Berufungsgericht nicht ausdrücklich mit der Frage befassen, ob aufgrund des Bankbelegs anzunehmen sei, daß die Parteien den Kaufvertrag im übrigen auch ohne die Anrechnungsvereinbarung geschlossen haben würden.

3. BGB § 313, ErbbauVO §§ 9, 11 Abs. 2 (*Zum Formzwang bei nachträglichen Vereinbarungen über Änderungen des Erbbauzinses*)

**Nachträgliche Vereinbarungen über Änderungen des Erbbauzinses bedürfen nicht nach § 11 Abs. 2 ErbbauVO i.V.m. § 313 BGB der notariellen Beurkundung.**

BGH, Urteil vom 18.10.1985 — V ZR 144/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Streit der Parteien geht um die Erhöhung eines Erbbauzinses.

Durch notariellen Vertrag vom 21. März 1955 bestellte die Beklagte an einem ihr gehörenden, 1287 qm großen Grundstück den Eltern der Klägerin je zur Hälfte ein Erbbaurecht auf die Dauer von 99 Jahren zwecks Errichtung eines Wohnhauses mit zwei Wohnungen und Einbau einer Gaststätte mit Nebenräumen und Bierkeller. Als Erbbauzins wurde ein Betrag von jährlich 220 DM vereinbart. Eine Anpassungsklausel enthält der Vertrag nicht.

Am 18. August 1969 vereinbarten die Beklagte und die Eltern der Klägerin privatschriftlich eine Erhöhung des Erbbauzinses ab 1. Oktober 1968 auf jährlich 3 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer mit der Maßgabe, daß bei einem jährlichen Bierbezug von mehr als 400 hl bis auf weiteres nur 20% dieses Betrages zu bezahlen und daher monatlich 50 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zu entrichten seien. Weiter wurde u. a. eine Anpassungsklausel des Inhalts vereinbart, daß bei einer

Veränderung des Gehalts eines bei der Beklagten beschäftigten verheirateten Angestellten der höchsten tariflichen Gehaltsstufe um mehr als 10% nach oben oder unten vom selben Zeitpunkt an ein im gleichen prozentualen Verhältnis geänderter Erbbauzins zu zahlen sei.

Unter Bezugnahme auf diese Klausel — die von der Bayerischen Landeszentralbank nicht genehmigt wurde und nach deren Auskunft auch nicht genehmigungsfähig ist — verlangte die Beklagte mit Schreiben vom 16. Dezember 1970 von den Eltern der Klägerin eine Anhebung des jährlichen Erbbauzinses ab 1. Januar 1971 um 13% auf 3 390 DM. Im Hinblick auf einen damaligen jährlichen Bierbezug von mehr als 400 hl zahlten die Eltern der Klägerin in der Folgezeit monatlich 55 DM nebst Mehrwertsteuer, insgesamt monatlich 61,05 DM.

Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 14. Juli 1972 übertrugen die Eltern der Klägerin das Erbbaurecht auf die Klägerin. In Abschnitt IX. dieses Vertrages heißt es, die Klägerin übernehme den Erbbauzins, der „zur Zeit mitl. 61,05 DM“ betrage, vom nächsten Fälligkeitstermin an zur weiteren Haftung.

Mit Schreiben vom 9. November 1982 verlangte die Beklagte von der Klägerin unter Berufung auf den weiteren Anstieg des am 18. August 1969 als Bezugs-kriterium vereinbarten Tarifgehalts sowie darauf, daß im abgelaufenen Geschäftsjahr der Bierbezug unter 400 hl gelegen habe, ab 1. Januar 1983 die Zahlung eines jährlichen Erbbauzinses von 8 699,99 DM.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage hat die Klägerin zuletzt im zweiten Rechtszug die Feststellung beantragt, daß die von der Beklagten zum 1. Januar 1983 vorgenommene Anpassung des Erbbauzinses unwirksam sei, soweit bei einem jährlichen Bierbezug von mindestens 400 hl mehr als 600 DM und von weniger als 400 hl mehr als 3 000 DM, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer, jährlich verlangt werden. Diesem Antrag hat das Berufungsgericht entsprochen. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache.

#### Aus den Gründen:

I. . . .

II. 1. Das Berufungsgericht hat im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich festgestellt, die Klägerin nehme die Vereinbarung vom 18. August 1969 nunmehr hin. Diese Feststellung des Berufungsgerichts ist mit der Revision dahin zu verstehen, daß die Klägerin in der Berufungsinstanz unstreitig gestellt hat, daß sie in die Verpflichtungen eingetreten ist, die ihre Eltern in der Vereinbarung am 18. August 1969 gegenüber der Beklagten übernommen haben. (Wird ausgeführt.)

2. Auf der Grundlage dieser Feststellung durfte aber das Berufungsgericht den von der Beklagten geltend gemachten Erhöhungsanspruch nicht schon deshalb als unbegründet ansehen, weil die Voraussetzungen, unter denen trotz Fehlens einer Anpassungsklausel dem Erbbaurechtsbesteller nach der Rechtsprechung eine Erbbauzinserhöhung zuzubilligen ist, hier nicht gegeben seien. Zu Unrecht ist hierbei die Vereinbarung vom 18. August 1969 mit der darin enthaltenen Anpassungsklausel nicht hinreichend berücksichtigt worden.

a) Diese Vereinbarung bedurfte nicht, wie die Klägerin geltend gemacht hat, nach § 11 Abs. 2 ErbbauVO i.V.m. § 313 BGB der notariellen Beurkundung und war daher nicht gemäß § 125 BGB nichtig. Denn selbst wenn man auch schuldrechtliche Verträge über die Änderung des Inhalts eines bestehenden Erbbaurechts diesen Vorschriften unterstellen wollte (s. dazu *Ingenstau*, Erbbaurecht, 5. Aufl. § 11 Rdnr. 33 und 76 m.w.N.), so kommt dies doch nicht in Betracht für (nachträgliche) Vereinbarungen über Änderungen des Erbbauzinses, weil der Erbbauzins nicht — auch nicht durch Eintragung — Inhalt des Erbbaurechts wird (§§ 2, 9 Abs. 1 ErbbauVO; vgl. auch *Ingenstau* aaO § 9 Rdnr. 8 m.w.N. und Rdnr. 24).

b) Richtig ist auch, daß das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht und dem Sachvortrag beider Parteien die unter Anknüpfung an das Tarifgehalt einer näher bezeichneten Gruppe von Brauereiangestellten vereinbarte Anpassungsklausel für genehmigungsbedürftig nach § 3 Satz 2 WährG (als sog. Gleitklausel, s. im übrigen *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, 9. Aufl. B Rdnr. 24 S. 27), aber nicht genehmigungsfähig angesehen hat (jedenfalls nach den inzwischen geltenden Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank ist die Klausel nicht mehr genehmigungsfähig, s. Nr. 3 b der „Grundsätze bei der Entscheidung über Genehmigungsanträge nach § 3 des Währungsgesetzes“ i.d.F. der Mitteilung Nr. 1015/78 vom 9. Juni 1978, Bundesanzeiger Nr. 109 vom 15. Juni 1978, abgedruckt auch bei *Dürkes* aaO S. 601; vgl. auch *Dürkes* aaO Rdnr. 290 S. 313).

c) Aus der fehlenden währungsrechtlichen Genehmigung folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß es an einer wirksamen Wertsicherungsklausel fehlt und eine Erbbauzinserhöhung daher allenfalls dann in Betracht kommen könnte, wenn dies nach den auf § 242 BGB beruhenden Grundsätzen gerechtfertigt wäre, die insoweit für Verträge ohne Anpassungsklausel gelten. Denn wie der erkennende Senat schon in dem Urteil vom 23. Februar 1979, V ZR 106/79, NJW 1979, 1545, 1546 = WM 1979, 728, 729 = LM WährG § 3 Nr. 37 Bl. 2 R ausgesprochen hat, ist unter solchen Umständen vielmehr — in gleicher Weise wie auch schon im Zusammenhang mit Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen vom Bundesgerichtshof entschieden (BGHZ 63, 132, 135) — davon auszugehen, daß die Vertragsparteien einander verpflichtet sind, einer Änderung der vereinbarten Klausel in eine solche mit genehmigungsfähigem oder nicht genehmigungsbedürftigem Inhalt zuzustimmen, sofern sich nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung eine geeignete Ersatzklausel bestimmen läßt. Kann unter Berücksichtigung des objektiven Vertragszwecks angenommen werden, daß die Parteien eine andere Wertsicherungsklausel gewählt hätten, die einerseits die beiderseitigen Belange wahrte und andererseits wirksam war, so gilt diese Klausel als von Anfang an vereinbart (vgl. auch BGH Ur. v. 17. Dezember 1959, VIII ZR 4/59, LM WährG § 3 Nr. 10 sowie v. 21. Januar 1976, VIII ZR 113/74, LM BGB § 139 Nr. 51 = WM 1976, 385 und v. 6. Dezember 1978, VIII ZR 282/77, NJW 1979, 2250 [= DNotZ 1979, 418]). Vornehmlich kann dabei ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt in Betracht kommen, wenn dadurch berechnete Belange der einen oder der anderen Partei nicht verletzt werden (BGH Ur. v. 25. Januar 1967, VIII ZR 206/64, BB 1967, 228; s. insgesamt zu diesen Fragen auch *Dürkes* aaO E Rdnrn. 1 ff, 19 ff und 31 ff mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

4. WEG §§ 4 Abs. 3, 10 Abs. 1; BGB §§ 313, 315 (*Errichtung der Teilungserklärung gemäß dem pflichtgemäßen Ermessen des Verkäufers*)

**Beim Kauf noch zu begründenden Wohnungseigentums kann dem Verkäufer vertraglich das Recht vorbehalten werden, in der Teilungserklärung Bestimmungen zur Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses zu treffen.**

BGH, Urteil vom 8.11.1985 — V ZR 113/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 5. Oktober 1981 verkaufte die Klägerin den Beklagten zu gleichen Anteilen noch zu begründendes Wohnungseigentum, das im Vertrag wie folgt umschrieben ist: „beste-

hend aus einem noch festzusetzenden Miteigentumsanteil am Grundstück B, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 zu bezeichnenden Wohnung, bestehend aus 3 Zimmern, Küche, Bad, Flur, Balkon, Treppe (Obergeschoßwohnung) sowie darüber liegendes Dachgeschoß, Keller — entsprechend beigefügtem Plan — sowie zur Sondernutzung die hinter dem Haus liegende Gartenfläche von ca. 259 m<sup>2</sup> — in der anliegenden Skizze begrenzt durch die Punkte ABCDA — sowie zur Sondernutzung Wagenabstellplatz EFGHE in der anliegenden Skizze“.

Der Vertrag enthält die Bestimmung, daß die Miteigentumsanteile nach dem Verhältnis der Gesamtwohnfläche aufgeteilt werden. Weiter ist u. a. vereinbart:

„Der Inhalt des Wohnungseigentums ergibt sich aus der abzugebenden Teilungserklärung und der Eintragung im Wohnungsgrundbuch.“

„Der Inhalt des Sondereigentums wird in der Teilungserklärung festgelegt werden. Erwerber verpflichtet sich, der Teilungserklärung, welche Grundstückseigentümer abgeben wird, zuzustimmen und sämtliche in der Teilungserklärung enthaltenen Verpflichtungen zu übernehmen . . .“

Den vereinbarten Kaufpreis von 195 000 DM zahlten die Beklagten trotz Fristsetzung und Ablehnungsandrohung nicht. Sie sind der Ansicht, der Vertrag sei nicht ordnungsgemäß beurkundet.

Die Klägerin hat Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Kammergericht hat ihr stattgegeben.

Die — zugelassene — Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Kaufvertrag vom 5. Oktober 1981 ausreichend bestimmt und formwirksam, und zwar auch insoweit, als darin der Klägerin das Recht vorbehalten worden sei, durch Teilungserklärung das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums zu regeln. Dieser Rechtsstandpunkt trifft zu.

Der Kaufvertrag ist vollständig beurkundet worden; denn er enthält alles, was die Parteien als regelungsbedürftig angesehen und vereinbart haben (§ 154 Abs. 1 BGB). Damit ist das beurkundungsrechtliche Erfordernis erfüllt, daß auch eine an sich formfreie Vereinbarung, wie der hier getroffene Bestimmungsvorbehalt für die Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses (Senatsurt. v. 21. Oktober 1983, V ZR 121/82, NJW 1984, 612, 613 [= MittBayNot 1984, 21]), dem Formzwang dann unterliegt, wenn sie in gewolltem rechtlichem Zusammenhang mit dem formgebundenen Veräußerungsgeschäft steht (ständige Rechtspr. des Senats, vgl. BGHZ 63, 359, 361 [= MittBayNot 1975, 157 = DNotZ 1975, 358]; 74, 346, 348 [= DNotZ 1979, 476]; 76, 43, 48 [= MittBayNot 1980, 62 = DNotZ 1980, 409]; 85, 315, 317 [= DNotZ 1983, 232]).

Der Vertrag ist auch inhaltlich genügend bestimmt. Die Gegenstand des Sondereigentums bildende Wohnung sowie die zugehörigen Räume im Dachgeschoß und im Keller sind nach Lage, Größe und Aufgliederung in dem Vertrag und in den ihm beigefügten Plänen deutlich bezeichnet. Gleiches gilt für die vereinbarten Sondernutzungsrechte. Auch der Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum ist hinreichend bestimmt. Er bemißt sich „nach dem Verhältnis der Gesamtwohnfläche“, was nach der unangegriffenen tatrichterlichen Auslegung bedeutet, daß er dem Größenverhältnis der Wohnfläche des Sondereigentums zur Wohnfläche des gesamten Hauses entsprechen muß.

Unbestimmt geblieben ist jedoch der das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer betreffende Inhalt der Rechte und Pflichten der Beklagten. Vertraglich geregelt ist

insoweit nur die in § 12 Abs. 1 WEG vorgesehene Möglichkeit einer Veräußerungsbeschränkung, während der weitere Inhalt des Sondereigentums erst durch die noch abzugebende Teilungserklärung festgelegt werden sollte. Diesen vereinbarten Vorbehalt versteht das Berufungsgericht dahin, daß nicht die dispositiven Vorschriften der §§ 10 ff WEG für das Gemeinschaftsverhältnis und die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums maßgebend sein sollten, sondern daß in diesem Rahmen der Klägerin die Befugnis zusteht, durch Teilungserklärung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) den Inhalt des Sondereigentums zu bestimmen. Diese Auslegung ist rechtsfehlerfrei. Das bezweifelt auch die Revision nicht. Sie stellt aber (unter Hinweis auf OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 743) in Frage, ob ein solcher Vorbehalt dem Erfordernis der Bestimmtheit oder wenigstens hinreichender Bestimmbarkeit eines beurkundungsbedürftigen Vertrages gerecht werde. Dieses Bedenken greift nicht durch.

Auch bei einem — hier nach § 4 Abs. 3 WEG, § 313 Satz 1 BGB — dem Beurkundungszwang unterliegenden Rechtsgeschäft kann die Bestimmung einer Vertragsleistung einem der Vertragspartner oder einem Dritten gemäß §§ 315 ff BGB überlassen werden (Senatsurteile v. 30. Juni 1967, V ZR 104/64, BB 1967, 1394; v. 28. Februar 1968, V ZR 206/64, LM BGB § 313 Nr. 33 [= DNotZ 1968, 546]; v. 8. November 1968, V ZR 58/65, NJW 1969, 131, 132 [= DNotZ 1969, 286]; BGHZ 71, 276, 280; v. 27. April 1979, V ZR 218/77, WM 1979, 861 = MittBayNot 1981, 233, 235). Maßgebend ist dann, ob die Vereinbarung des Bestimmungsrechts ordnungsgemäß beurkundet worden ist. Das ist hier der Fall. Somit ist der Warn- und Schutzzweck der Beurkundung gewahrt.

Unerheblich ist hingegen, ob der vereinbarte Bestimmungsvorbehalt eine wesentliche Vertragspflicht oder nur einen Nebenpunkt des Vertrages betrifft. Eine derartige Unterscheidung ergibt sich aus § 315 BGB nicht. Sie ist auch für Grundstücksverträge nicht gerechtfertigt. Voraussetzung ist auch dafür nur, daß die Bestimmungsbefugnis im Vertrag genügend abgegrenzt und nicht in einem Ausmaß vorbehalten ist, daß ihre Tragweite und damit die von den Parteien gewollte Bindungswirkung der zu treffenden Leistungsbestimmung selbst nicht mehr bestimmbar sind (BGHZ 55, 248, 250; RGZ 124, 81, 83 f). Die von der Revision angeführte Rechtsprechung des Senats zur Flächenbestimmung eines Grundstücks (Urteile v. 8. November 1968 aaO; v. 22. Juni 1973, V ZR 160/71, LM ErbbauVO § 1 Nr. 7/8 und v. 27. April 1979 aaO) besagt nichts anderes. Bei dem vorliegend nur auf die Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses bezogenen Bestimmungsrecht der Klägerin aber ist konkret festgelegt, was Gegenstand der Bestimmung ist. Daß die Klägerin in diesem vorgesehenen Rahmen einen — nach billigem Ermessen wahrzunehmenden — Gestaltungsspielraum hat, ist die notwendige Folge des ihr überlassenen Bestimmungsrechts. Dies kann aber auch bei einem Kaufvertrag über Wohnungseigentum kein Grund sein, einem solchen Bestimmungsvorbehalt, mit dem lediglich von der in § 315 BGB gesetzlich vorgesehenen Regelungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, die Anerkennung zu versagen und damit in die Vertragsfreiheit der Parteien einzugreifen (unzutreffend daher OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 743; dagegen zu Recht Ludwig DNotZ 1982, 356; MünchKommKanzleiter 2. Aufl. § 313 Rdnr. 45).

Da somit der Kaufvertrag wirksam ist, hat die Klägerin unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diese Voraussetzungen sind im Berufungsurteil festgestellt. Dagegen und zur Höhe der zuerkannten Klageforderung sind Revisionsrügen nicht erhoben.

5. BGB §§ 435 Abs. 1, 888 Abs. 1 (Zur Lastenfreiheit bei vormerkungswidrig eingetragenen Belastungen)

**Der Verkäufer eines Grundstücks, der lastenfreie Übertragung des Eigentums schuldet, kann den Käufer nicht darauf verweisen, eingetragene Belastungen seien vormerkungswidrig und relativ unwirksam (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB) und er selbst könne deshalb deren Löschung nach § 888 Abs. 1 BGB durchsetzen.**

BGH, Urteil vom 8.11.1985 — V ZR 153/84 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

1. Die Beklagten machen ein Zurückbehaltungsrecht [hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises] (§ 273 BGB) geltend wegen des ihnen zustehenden Anspruchs auf lastenfreie Übertragung des Eigentums an den Vertragsgrundstücken.

2. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht einen Gegenanspruch der Beklagten auf Löschung des Vorkaufsrechts und der Wegerechte. War — wie revisionsrechtlich zu unterstellen — die Bestellung der Wegerechte im Kaufvertrag ebenso wenig vorbehalten wie die des Vorkaufsrechts, dann können die Beklagten nach der vertraglichen Regelung (§ 2 Abs. 2 [lastenfreie Eigentumsumschreibung]) die Löschung der nachträglich bestellten und nicht übernommenen Belastungen an den zu übertragenden Flurstücken verlangen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß die Bestellung von Vorkaufsrecht und Wegerechten den Beklagten gegenüber als Inhabern der auf sie übergegangenen Auflassungsvormerkung (§ 401 BGB; vgl. BGHZ 25, 16, 23) relativ unwirksam ist (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB). Sie haben nach § 435 Abs. 1 BGB einen Anspruch darauf, daß die Klägerin auch nicht bestehende, aber im Grundbuch eingetragene Rechte auf ihre Kosten zur Löschung bringt, wenn sie im Falle ihres Bestehens das Eigentum der Beklagten beeinträchtigen würden. Die Klägerin kann die Beklagten nicht auf einen eigenen Lösungsanspruch gegenüber den Buchberechtigten (§ 888 BGB) verweisen (vgl. RG WarnRspr 1908 Nr. 200; RGZ 149, 195, 197 ff m. w. N.; RGZ 88, 21, 28). Das entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in der Literatur (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 435 Rdnr. 2; *Erman/Weitnauer*, BGB 7. Aufl. § 435 Rdnr. 2; *MünchKomm/Westermann* § 435 Rdnr. 2; *Palandt/Putzo*, BGB 44. Aufl. § 435 Anm. 1; *Staudinger/Köhler* 12. Aufl. § 435 Rdnrn. 2 und 3). Der unselbständige Hilfsanspruch des § 888 BGB ändert nichts an dem gesicherten Anspruch auf lastenfreie Eigentumsübertragung, zu dessen Erfüllung nach wie vor allein der Schuldner verpflichtet bleibt (BGHZ 49, 263, 266 [= DNZ 1968, 552]).

6. BGB §§ 328, 415, 652 (Unwirksamkeit einer Maklerklausel bei Aufhebung eines Kaufvertrages)

**1. Heben die Parteien eines Grundstückskaufvertrages diesen wieder auf, so erlischt regelmäßig auch ein darin dem Makler eingeräumtes Forderungsrecht.**

**2. Die Kaufvertragsklausel, daß an den Makler eine bestimmte Provision zu zahlen sei, beinhaltet keine Schuldübernahme.**

**3. Erklärt der Verkäufermakler dem Kaufinteressenten, daß eine bestimmte Provision an ihn zu zahlen sei, so liegt darin dann kein Maklervertragsangebot, wenn der Interessent in der Erklärung eine Mitteilung über den Inhalt des beabsichtigten Kaufvertrages sehen darf.**

OLG Celle, Urteil vom 4.10.1985 — 11 U 239/84 — mitgeteilt vom 11. Zivilsenat des OLG Celle

*Aus den Gründen:*

Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Der Beklagte ist um den Betrag von 39.000 DM, den die Klägerin an ihn gezahlt hat, ungerechtfertigt bereichert und schuldet die Herausgabe (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Klägerin hat dem Beklagten diesen Betrag geleistet, um einen Provisionsanspruch des Beklagten zu erfüllen. Dieser Provisionsanspruch besteht nicht. Die Leistung der Klägerin hat daher ihren Zweck verfehlt und ist von dem Beklagten als dem Leistungsempfänger an die Klägerin zurückzugewähren.

1. Die Provisionsverpflichtung der Klägerin war in § 7 des notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrages, den die Klägerin am 18.8.1981 mit der Gastwirtin G. geschlossen hatte, begründet. Der Beklagte erhielt gemäß § 7 einen selbständigen Anspruch gegen die Klägerin in Höhe von 4% des Kaufpreises nebst Mehrwertsteuer. Das damit für den Beklagten als einen Dritten begründete unmittelbare Forderungsrecht (§ 328 Abs. 1 BGB) ist spätestens, nämlich unabhängig von der am 23.12.1981 erklärten Anfechtung des Kaufvertrages, dadurch entfallen, daß die Kaufvertragschließenden den Vertrag am 18.6.1982 aufgehoben haben; die Aufhebung bedurfte keiner Form.

Der Kaufvertrag enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob dem Beklagten das ihm zugewandte Recht ohne seine Zustimmung wieder entzogen werden durfte. Diese Frage ist indessen nach dem Vertragszweck und den sonstigen Umständen zu beantworten (§ 328 Abs. 2 BGB). Maßgeblich muß dafür sein, daß der Käufer die Maklerprovision in dem Kaufvertrag lediglich als eine Nebenleistung zum Kaufpreis übernimmt, um von dem Verkäufer das Grundstück erwerben zu können. Dieser beiderseitige Leistungsaustausch zwischen Käufer und Verkäufer ist der völlig beherrschende Vertragszweck, dem die Bereitschaft des Käufers, eine Verpflichtung auch zugunsten des Maklers einzugehen, untergeordnet ist. Für den Verkäufer erkennbar, übernimmt der Käufer die Provisionszahlungspflicht nur im Interesse des Grundstückserwerbes, sofern nicht ein besonderes Rechtsverhältnis des Käufers zum Makler besteht, das dann aber auch für den Fortbestand der Provisionszahlungspflicht bestimmend sein muß. Der Käufer hat keine Veranlassung, gegenüber dem Verkäufer Verpflichtungen zugunsten des Maklers auch für den Fall einzugehen, daß der Grundstückskaufvertrag im übrigen aufgehoben und nicht ausgeführt wird; insoweit stünde einem Fortbestand der Provisionszahlungspflicht des Käufers auch entgegen, daß für diese ein Äquivalent im Rahmen der beiderseitigen Leistungen nicht mehr bestünde. Andererseits sind die Parteien des Kaufvertrages auch nicht gehalten, das gesamte Leistungsverhältnis im Interesse des Maklers durchzuführen. Der Senat vertritt daher in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß eine Aufhebung des Kaufvertrages, aus welchen Gründen sie auch immer geschieht, regelmäßig eine darin zugunsten des Maklers begründeten Provisionsanspruch erlöschen läßt.

2. Die Klägerin hat die jetzt geforderte Leistung auch nicht auf eine übernommene Schuld, die unabhängig von dem Fortbestand des Kaufvertrages begründet bliebe, geleistet. Zu Unrecht meint der Beklagte, die vertragliche Provisionsregelung enthalte eine Schuldübernahme, nämlich die Verpflichtung der Klägerin, eine Provisionszahlungspflicht der Verkäuferin an deren Stelle zu begleichen. Ein derartiges Verständnis der Regelung wird, wie der Senat schon im Prozeßkostenhilfverfahren ausgeführt hat, regelmäßig der Interessenlage und den Umständen des Kaufvertragsschlus-

ses nicht gerecht. Im allgemeinen und auch im vorliegenden Falle bleibt nämlich zwischen den Kaufvertragsparteien ungeklärt, ob und in welcher Höhe der Verkäufer dem Makler zur Provisionszahlung aufgrund eines Maklervertrages verpflichtet ist. Außerdem ist eine im Verhältnis des Maklers zum Verkäufer begründete „Verkäuferprovision“ meistens deutlich geringer als die von dem Käufer im Kaufvertrag „übernommene“ Gesamtprovision. Die Verkäuferprovision beträgt im allgemeinen nur 2%, die Gesamtprovision (wie auch im vorliegenden Falle) 4 oder 5%. Vielfach bleibt der Verkäufer aber überhaupt provisionsfrei. So soll es nach der Bekundung der Zeugin K. auch im vorliegenden Falle gewesen sein. In anderen Fällen verpflichtet sich der Verkäufer, bei den Kaufverhandlungen darauf hinzuwirken, daß dem Makler von dem Käufer eine Provision eingeräumt wird. In allen diesen Fällen kommt eine Schuldübernahme nicht in Betracht. Darüber hinaus dürften die Parteien des Kaufvertrages es ohnehin für zweckmäßiger halten, eine im Kaufvertrag geregelte Provisionszahlungspflicht unabhängig von dem Verhältnis des Verkäufers zum Makler zu gestalten.

3. Daß die Klägerin die Provisionszahlung auch zur Erfüllung eines etwa zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Maklervertrages erbracht hätte, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem Parteivorbringen auszuschließen. Der Beklagte, der sein Recht, die Provision behalten zu dürfen, während des ersten Rechtszuges und auch noch nach den Hinweisen des Senatsbeschlusses vom 14. Mai 1984 ausschließlich aus dem Kaufvertrag hergeleitet hat, hat zwar in der Berufungsinstanz vorgetragen, die Beklagte habe sich bei der Zeugin K. sogleich im ersten Gespräch nach der Provision erkundigt und erst daraufhin seien Maklerleistungen erbracht worden; darin liege der Abschluß eines Maklervertrages. Die Zeugin K. hingegen hat über ein derartiges Telefongespräch nichts bekunden können. Nach ihrer Erinnerung ist die Frage der Provision erst im Anschluß an eine Besichtigung besprochen worden, und zwar in allgemeinen, den Kaufvertrag betreffenden Zusammenhängen, etwa im Zusammenhang mit den von der Klägerin aufzubringenden Geldmitteln und der Finanzierung. Sie meint ferner, daß der Beklagten auch ein Provisionssatz von 5% genannt worden sei, dies aber mit dem Zusatz, daß sich der Satz möglicherweise wegen der Größe des Objekts ermäßigen lasse. Die Klägerin selbst hat dazu eingeräumt, daß sie ohnehin damit gerechnet habe, Provision zahlen zu müssen, und daß sie gesagt habe, nur zur Zahlung von 3% bereit zu sein. Die Zeugin K. glaubt sich dann weiter zu erinnern, daß jedenfalls vor dem Beurkundungstermin geklärt worden sei, daß der Provisionssatz 4% betragen solle.

Allein die Tatsache, daß der vom Verkäufer eingeschaltete Makler dem Kaufinteressenten die Höhe der Provision benennt, diese unter Umständen auch nach Gegenvorstellungen des Interessenten ermäßigt, erlaubt noch nicht schlechthin und in jedem Falle die rechtliche Wertung, daß damit ein Maklervertrag geschlossen werde. Vielmehr sind Angaben über die Provision und deren Höhe auch deshalb von Bedeutung, weil der Kaufinteressent erfahren möchte, welche finanziellen Mittel er für den Grundstückserwerb insgesamt aufzubringen haben wird. So wird denn vielfach die Provisionshöhe auch deutlich in einen Zusammenhang mit den weiteren Kaufvertragsbedingungen gestellt, etwa zu sonstigen Erwerbskosten, Vermessungskosten, Übernahmeverpflichtungen und dergleichen. Daß eine in diesem Rahmen gestellte Provisionsangabe noch keinen Maklervertrag herbeiführte, ist auch in der Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs anerkannt (BGH WM 1981, 495, = LM § 354 HGB Nr. 7). Die Abgrenzung und Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein. Grundsätzlich ist aber von dem Makler, der ein selbständiges Rechtsverhältnis mit dem Kaufinteressenten begründen will, zu erwarten, daß er dies dem Interessenten auch deutlich macht. Geschieht dies nicht und kann der Interessent den Umständen nach die Äußerung über die Provision und deren Höhe als eine rein tatsächliche Information über den Inhalt des noch auszuhandelnden und abzuschließenden Kaufvertrages verstehen, so müssen die daraus folgenden Rechtsnachteile den Makler selbst treffen. So hat der Beklagte im vorliegenden Fall offenbar, wie aus der Aussage der Zeugin K. hervorgeht, selbst nicht daran gedacht, mit der Klägerin einen Maklervertrag abzuschließen; dies hätte, wie die Zeugin ebenfalls bekundet hat, auch nicht seiner Übung entsprochen. Üblich war vielmehr für den Beklagten, daß er sich den Provisionsanspruch im Kaufvertrag notariell verbriefen ließ. Deshalb hat er auch in diesem Fall wie in anderen Fällen einen Maklervertrag nicht unterzeichnen lassen. Andererseits ist die Klägerin selbst, und zwar wegen der Höhe der Provision, in geschäftliche Erörterungen mit dem Kläger oder der Zeugin K. eingetreten, um eine Herabsetzung zu erreichen. Diese Verhandlungen haben nach Auffassung des Senats nicht den Erklärungswert, daß die Beteiligten daraus den Abschluß eines die Klägerin verpflichtenden Maklervertrages entnehmen konnten. Denn die der Klägerin zunächst gegebene Information über die Provision war ohne weiteres als eine Mitteilung über die allgemeinen Erwerbsbedingungen und den gewünschten Inhalt des Kaufvertrages zu verstehen. Wenn die Klägerin sich dagegen wandte und auf eine Herabsetzung des Provisionssatzes hinwirkte, wird dadurch die rechtliche Tendenz der Erörterung nicht verändert. Die Klägerin erklärte damit nicht, sich unmittelbar dem Beklagten gegenüber durch einen selbständigen Vertrag zur Bezahlung einer ermäßigten Provision verpflichten zu wollen, sondern wirkte auf eine für sie günstigere Gestaltung der Erwerbsbedingungen in bezug auf die Provisionshöhe hin. Daß sie selbst davon ausging, letztlich Provision zahlen zu müssen, beeinflußt die Rechtslage nicht. Denn für die Frage, ob ein selbständiges Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen ist, kann allein der Erklärungswert ihrer Äußerungen und der begleitenden Umstände zugrundegelegt werden. Im übrigen hatte die Erwartung der Klägerin, Provision zahlen zu müssen, schließlich auch ihre Grundlage darin, daß ihr die Erwerbsbedingungen mitgeteilt waren und daß sie meinte, spätestens im Kaufvertrag mit einer entsprechenden Regelung belastet zu werden. Da ein Maklervertrag nicht zustande gekommen ist, kann der Beklagte auf ein solches Rechtsverhältnis ein Recht, die geleistete Provision (auch über den Fortbestand des Kaufvertrages hinaus) behalten zu dürfen, nicht stützen.

#### 7. BGB § 649 (Kein ordentliches Kündigungsrecht beim Bauträgerkauf)

**Der Erwerber kann den die Errichtung des Baus betreffenden Teil des Bauträgervertrags nicht nach § 649 BGB, sondern nur aus wichtigem Grund kündigen.**

BGH, Urteil vom 21.11.1985 — VII ZR 366/83 —

#### Aus dem Tatbestand:

Im Zusammenhang mit der Errichtung von insgesamt 19 Zweifamilien-Reihenhäusern in M.-S. verkaufte der Beklagte den Klägern durch

Vertrag vom 1. März 1978 ein 499 qm großes Grundstück mit der Verpflichtung, hierauf ein Reihen-Eckhaus gemäß mitbeurkundeter Beschreibung zu bauen. Außerdem verkaufte er den Klägern einen Miteigentumsanteil von 2/38 an einem zweiten Grundstück mit der weiteren Verpflichtung, dort zwei Tiefgaragenabstellplätze herzustellen. Die Vergütung für Hausgrundstück und Haus sollte gemäß beigefügtem Zahlungsplan fällig werden und einheitlich 586.000 DM betragen; die Abstellplätze sollten zusätzlich 18.000 DM kosten. Auf diese 604.000 DM haben die Kläger nach Eintragung einer zu Ihren Gunsten bewilligten Auflassungsvormerkung 351.000 DM gezahlt. Das Haus ist — von Mängeln, die unter den Parteien streitig sind, abgesehen — inzwischen weitgehend fertiggestellt. Der Beklagte ist noch Eigentümer des Hausgrundstücks.

Die von den Klägern jetzt noch behaupteten und weitere Mängel hatten sie bereits seit 1978 gerügt. Mit Schreiben vom 12. April 1979 kündigten sie den auf den Hausbau gerichteten Teil des Vertrages vom 1. März 1978 und forderten den Beklagten gleichzeitig auf, die Auflassung des Hausgrundstücks und des Miteigentumsanteils zu erklären. Zur Begründung gaben sie im wesentlichen an, daß das Haus trotz des zum 31. Oktober 1978 vereinbarten Fertigstellungstermins sich immer noch im Rohbauzustand befinde und mit Mängeln behaftet sei, die der Beklagte trotz Aufforderung hierzu nicht beseitigt habe.

In einem Parallelprozeß, dessen Ruhen zur Zeit angeordnet ist, erstreben die Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks und des Miteigentumsanteils. Mit der vorliegenden, gemäß § 926 Abs. 1 ZPO erhobenen Klage verlangen sie vom Beklagten, es bei Meidung einer Ordnungsmaßnahme (Ordnungsgeld oder -haft) zu unterlassen, in und an dem Zweifamilienhaus Bauarbeiten aller Art durchzuführen. Zur Begründung haben sie vorgetragen, daß der Beklagte trotz der Kündigung weitere Arbeiten habe ausführen lassen und daß deren Fortsetzung zu besorgen sei. Der Beklagte hat die Wirksamkeit der Kündigung geleugnet und die Ansicht vertreten, daß er zur Fertigstellung des Bauvorhabens berechtigt sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Das Berufungsgericht meint, daß die Kläger den Vertrag vom 1. März 1978 gemäß § 649 BGB in Verbindung mit § 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB wirksam gekündigt hätten. Das Recht zu dieser Kündigung hätten die Parteien nicht stillschweigend abbedungen. Auch der Umfang des Bauvorhabens spreche nicht für einen Ausschluß des Kündigungsrechts; die anderen Reihenhäuser seien schon seit dem Frühjahr 1979 bewohnt. Die Frage, ob eine Teilkündigung des Vertrages überhaupt möglich sei, stelle sich nicht, weil die Kläger ihn „schlechthin“ gekündigt hätten. Da die Kündigung nur für die Zukunft wirke, bleibe der Vertrag für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen sowie für die Übertragung des Eigentums maßgebend. Der Beklagte sei nämlich verpflichtet, den Klägern das Werk — obschon unvollendet — zu verschaffen. Auch ein Recht des Beklagten auf Mängelbeseitigung stehe der Klage — zumindest derzeit — nicht entgegen.

Damit wird das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, den Besonderheiten des Bauträgervertrages nicht gerecht.

I. Die bisher getroffenen Feststellungen können den Unterlassungsanspruch nicht rechtfertigen.

1. Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich das allerdings nicht schon daraus, daß der Beklagte noch der Eigentümer des Grundstücks ist. Zwar kann, wie der Revision zuzugeben ist und worin ihr die Revisionserwiderung auch zustimmt, keine Rede davon sein, daß die Kläger den Bauträgervertrag „schlechthin“ gekündigt haben. Die Kläger haben vielmehr in ihrem Schreiben vom 12. April 1979 die Kündigung ausdrücklich auf den „Werkvertrag“ beschränkt und

gleichzeitig mit der Auflassung der Grundstücke die Erfüllung des kaufvertraglichen Teils des Bauträgervertrages gefordert. Wäre aber diese Kündigung, die sich zudem nur auf die Errichtung des Zweifamilienhauses und nicht auch auf die Herstellung der Kfz-Abstellplätze in der Tiefgarage bezieht, wirksam und könnten die Kläger außerdem die Übereignung des Hausgrundstücks verlangen, so ergäbe sich schon hieraus unmittelbar ihr Recht, dem Beklagten die weitere Ausführung der Bauarbeiten auf dem Grundstück zu untersagen.

2. Mit Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erwerber könne den Bauträgervertrag gemäß § 649 BGB mit der Wirkung kündigen, daß der Bauträger zur Herausgabe des unvollendet gebliebenen Werks einschließlich der Übereignung des Baugrundstücks verpflichtet bleibt. Anders als beim gewöhnlichen Werklieferungsvertrag, auf den nach § 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB auch § 649 BGB anzuwenden ist, kommt beim Bauträgervertrag ein Kündigungsrecht des Erwerbers nach § 649 BGB gegenüber dem vertragstreuen Bauträger nicht in Betracht.

a) Beim Bauträgervertrag handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag (BGHZ 74, 204, 207 [= DNotZ 1979, 74]), der neben werk- und werklieferungsvertraglichen auch (soweit der Grundstückserwerb in Rede steht) kaufvertragliche Elemente sowie — je nach den Umständen des Einzelfalles — Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht enthält (BGHZ 92, 123, 126 [= MittBayNot 1984, 179]). Dieser Vertrag ist also nicht, wie das Berufungsgericht offenbar meint, ausschließlich als Werklieferungsvertrag zu behandeln. Soweit der Senat bei der Erörterung von Ansprüchen aus dem Bauträgervertrag lediglich den Werklieferungsvertrag erwähnt hat, ging es um Fragen, die nach § 651 BGB letztlich nur aus dem Recht des Werkvertrages zu beantworten waren. Spielte dagegen die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eine Rolle, hat er das kaufvertragliche Element betont. So hat der Senat einerseits in gefestigter Rechtsprechung die Haftung des Bauträgers für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks nach Werkvertragsrecht beurteilt und entsprechend entschieden, wo es — auch in Bezug auf das Grundstück — auf die Verjährung des als einheitlich zu würdigenden Vergütungsanspruchs ankam (dazu BGHZ 72, 229, 232 f [= MittBayNot 1978, 201]; 74, 273, 275; NJW 1979, 2193 [= MittBayNot 1980, 33]; 1981, 273, 274 [= DNotZ 1981, 375]; 1981, 1665, 1666). Andererseits hat er die rechtliche Abhängigkeit der werk- und kaufvertraglichen Bestandteile von einander berücksichtigt und demgemäß zur Wirksamkeit von Bauverträgen, die mit einem Grundstückserwerb verbunden werden sollten, die sonst nur für den Grundstückserwerb erforderliche notarielle Beurkundung verlangt (BGHZ 78, 346 [= MittBayNot 1980, 198 = DNotZ 1981, 115]). Unter Einbeziehung der dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht zu entlehrenden Elemente erweist sich der Bauträgervertrag danach als Vertrag eigener Art, als Vertrag freilich, der wegen der Gestaltungsfreiheit der Beteiligten in mannigfaltigen Erscheinungen auftreten kann.

b) Diese Gestaltungsfreiheit und die Möglichkeit ihres Mißbrauchs haben zwar dazu geführt, daß der Gesetzgeber dem Bauträger mit der Makler- und Bauträgerverordnung vom 11. Juni 1975 (MaBV — BGBl I 1351) erhebliche den Schutz des Erwerbers bezweckende Sicherungspflichten auferlegte. Das mit dem Bauträgervertrag erstrebte Ziel einer wirtschaftlich nutzbaren und auch dem Erwerber nützenden

Verbindung von Bauland-Verfügbarkeit und Bebauung hat er aber auch dadurch anerkannt, daß er die Bauträger — wie andere Unternehmen der Bau- und Wohnungswirtschaft auch — vom Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 des Mietrechtsverbesserungsgesetzes — MRVG — vom 4. November 1971 (BGBl I 1745) freistellte (BGHZ 89, 240 [= MittBayNot 1984, 82]).

c) Der Bauträgervertrag ist daher nicht nur dadurch gekennzeichnet, daß er sich aus verschiedenen in den „Einzelnen Schuldverhältnissen“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelten Vertragstypen zusammensetzt. Seine Eigenart zeigt sich auch darin, daß diese Vertragstypen — soweit sie abdingbares Recht enthalten — nur insoweit berücksichtigt werden können, wie sie mit dem auch vom Erwerber akzeptierten, im weitesten Sinne wirtschaftlichen Ziel des Bauträgervertrages vereinbar sind. Demgemäß hat der Senat schon — wenn auch mehr beiläufig — erwähnt, bei Bauträgerverträgen sei zumindest zu vermuten, daß verschiedene Bestimmungen der VOB/B (auch wenn deren Geltung uneingeschränkt „vereinbart“ worden ist) ausgeschlossen sein sollten (NJW 1983, 453, 454 [= MittBayNot 1983, 116 = DNotZ 1984, 99]).

d) Jenem wirtschaftlichen Ziel würde es zuwiderlaufen, wenn der Erwerber den bauvertraglichen Teil des Bauträgervertrages ohne wichtigen Grund, nämlich nach § 649 BGB kündigen und auf der Übereignung des Grundstücks bzw. eines Miteigentumsanteils daran bestehen könnte.

aa) Im Bauträgervertrag verpflichtet sich der Bauträger zu einer Gesamtleistung, die zu erbringen er deshalb auch grundsätzlich berechtigt ist. Grundstücksveräußerung und Bauwerkerrichtung sind für ihn in der Regel schon aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen untrennbar. Beide Teile des Vertrages sollen — auch seinem Vertragspartner erkennbar — ebenso wie in jenen Fällen miteinander „stehen oder fallen“, in denen diese Pflichten und Rechte in äußerlich getrennten Verträgen begründet werden sollen (vgl. BGHZ 78, 346, 349 [= MittBayNot 1980, 198 = DNotZ 1981, 115]). Dem hat der Bundesgerichtshof nicht nur im Blick auf die bereits erwähnte Beurkundungsbedürftigkeit des Bauträgervertrages Rechnung getragen. Er hat auch schon entschieden, daß bei derartigen Verträgen das Rücktrittsrecht hinsichtlich der verbundenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden kann (NJW 1976, 1931, 1932).

bb) Hier kann offenbleiben, ob im Einzelfall nur die Lage des anders nicht erhältlichen Grundstücks, die angebotene Qualität der Bauleistung oder beides in Verbindung mit einem günstigen Preis den Bauträgervertrag für den Erwerber attraktiv erscheinen lassen. Dieser weiß jedenfalls, daß er das Grundstück (bzw. den Miteigentumsanteil daran) nur dann bekommen kann, wenn er sich mit der Errichtung des Bauwerks gerade durch den als Bauherrn gewerbsmäßig tätig werdenden Bauträger (§ 34 c Abs. 1 Nr. 2 a GewO) einverstanden erklärt. Ebenso wie der Bauträger geht er daher bei Vertragsschluß davon aus, daß der Bauträgervertrag einheitlich abgewickelt wird (vgl. BGH NJW 1984, 869, 870). Das schließt die freie Kündigung schlechthin aus.

cc) Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob und in welchem Umfang die berechtigten Interessen des vertragstreuen Bauträgers dadurch gewahrt sein könnten, daß der Erwerber ihm bei Zulässigkeit der freien Kündigung nach § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung schulden würde und der Bauträger sich hierauf nur dasjenige anrechnen lassen

müßte, was er infolge der Aufhebung der Bauverpflichtung an Aufwendungen ersparen könnte. Ist das Recht zur freien Kündigung der Bauleistung mit der Eigenart des Bauträgervertrages von vornherein unvereinbar, kann sich diese Frage nicht mehr stellen.

II. Aus den Erwägungen des Berufungsgerichts kann das angefochtene Urteil danach nicht gehalten werden. Ob es sich aus anderen Gründen letztlich als richtig darstellt, bedarf noch der Sachaufklärung.

1. Die Regel, daß der Bauträgervertrag einheitlich abzuwickeln ist, verlangt eine Ausnahme dann, wenn der Bauträger dem Erwerber einen wichtigen Grund zur Kündigung der Bauleistung gibt. Dann kann es geboten sein, dem Erwerber sowohl das Recht zur Kündigung zu gewähren als auch den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks (bzw. des Miteigentumsanteils daran) zu belassen.

a) Für den Bauträgervertrag ist charakteristisch, daß der Bauträger die Verträge mit den am Bau Beteiligten zwar in eigenem Namen und für eigene Rechnung schließt, daß er von den Erwerbern die vereinbarte Vergütung jedoch schon vor Verschaffung des Eigentums, zu einem erheblichen Teil schon nach Beginn der Erdarbeiten, im übrigen in vom Baufortschritt abhängigen Raten verlangt. Wegen der hiernach möglichen Vermögensschädigung des Erwerbers hat der Bauträger, wie schon erwähnt, bestimmte Sicherungspflichten. Kernstück dieser Pflichten ist, daß der Erwerber die vom Baufortschritt abhängigen Raten erst zu zahlen braucht, wenn zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden ist, und daß der Bauträger sich ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht vorbehalten darf (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 MaBV; vgl. dazu Senatsurteil NJW 1985, 438 [= MittBayNot 1985, 17 = DNotZ 1985, 301]).

b) Dieses System der Erwerbssicherung geht davon aus, daß mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung die Ansprüche des Erwerbers nicht mehr beeinträchtigt werden können und er damit insbesondere auch im Falle des steckengebliebenen Baues, z. B. beim Konkurs des Bauträgers, hinreichend gesichert ist. Demgemäß hat der Gesetzgeber durch Einfügung des Satzes 2 in § 24 KO klargestellt, daß der Erwerber von dem Konkursverwalter die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auch dann verlangen kann, wenn dieser es nach § 17 KO ablehnt, den Vertrag zu erfüllen (BGHZ 79, 103, 109 [= DNotZ 1981, 556]). Im Konkurs des Bauträgers führt mithin die Weigerung des Konkursverwalters, das Bauwerk fertigzustellen, nicht dazu, daß der Erwerber auf einen — ungesicherten — Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwiesen werden kann. Dies gilt vielmehr nur für den Teil des Vertrages, der die Bauleistung betrifft (vgl. auch BGHZ 68, 379, 382). Der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks wird hingegen von der Erfüllungsablehnung nicht berührt. Der Erwerber kann unter Anrechnung seiner für das Grundstück und das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen die Übereignung verlangen. Der einheitliche Vertrag wird damit aufgeteilt; der Grundstücksübereignungsanspruch wird von dem durch die Erfüllungsablehnung für die Zukunft erledigten Anspruch auf Fertigstellung des Bauwerks gelöst.

c) Das ist auch dann sachgerecht, wenn der Bauträger dem Erwerber Veranlassung gibt, den auf die Bauleistung bezogenen Teil des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund zu kündigen. Das Interesse des Bauträgers, die von ihm angebotene Bauleistung vollständig erbringen zu können, ist in

einem solchen Falle nicht mehr schutzwürdig. Dann ist vielmehr das Interesse des vertragstreuen Erwerbers vorrangig, der seinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks behalten darf, und zwar auch, weil er andernfalls die Sicherheit verlieren würde, die ihm die Vormerkung für die bisher geleisteten Ratenzahlungen bietet.

Die Vormerkung soll den Erwerber so stellen, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde. Was auf dem Grundstück gebaut wird, soll wirtschaftlich — weil von ihm bereits bezahlt — dem Erwerber zuwachsen. Dieser Zweck würde vereitelt werden, wenn die Kündigung der Bauleistung aus wichtigem Grunde ausgeschlossen und nur ein Rücktritt vom ganzen Vertrag zulässig wäre. Denn mit dem Wegfall des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Auffassung entfielen die Wirkung der Vormerkung und damit deren Sicherungsfunktion hinsichtlich der schon gezahlten Raten. Gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch des Baurträgers bliebe dem Erwerber zwar noch ein Zurückbehaltungsrecht; gegenüber Dritten, deren Rechte durch die gegenstandslos gewordene Vormerkung beeinträchtigt werden, könnte er sich aber nicht einmal darauf berufen. Der Erwerber wäre damit auf einen — möglicherweise unsicheren — schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch angewiesen (vgl. auch *Schmidt*, MittBayNot 1977, 155, 162).

2. Wann der Erwerber die Bauleistung aus wichtigem Grund kündigen kann und seinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gleichwohl behält, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und ist überwiegend vom Tatrichter zu entscheiden. Steht — wie hier — die Errichtung eines Reihen-Eckhauses in Rede und können die Bauarbeiten auf den anderen Grundstücken offenbar ohne nennenswerte Beeinträchtigung fortgeführt werden, sind an die Voraussetzungen, unter denen die Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, geringere Anforderungen zu stellen als etwa in Fällen, in denen die Kündigung zur Stilllegung des gesamten Bauvorhabens führen könnte und in denen deshalb möglicherweise nur die Kündigung durch die Mehrheit der Erwerber in Betracht kommt.

3. Ob die Kläger zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt waren, hat das Berufungsgericht bisher nicht geprüft. Da sie „fristlos“ gekündigt haben, wird diese Prüfung nachzuholen sein.

8. BGB §§ 633 Abs. 2, 398, 413 (*Zur Abtretbarkeit des Nachbesserungsanspruchs beim Baurträgervertrag*)

**Zur Abtretbarkeit des dem Besteller eines Werkvertrags wegen eines Werkmangels zustehenden Anspruchs auf Nachbesserung.**

BGH, Urteil vom 24.10.1985 — VII ZR 31/85 —

*Aus dem Tatbestand:*

Mit „Grundstückskaufvertrag“ vom 16. September 1980 veräußerte die Klägerin an die Eheleute S. (Sohn und Schwiegertochter des Beklagten) ein Grundstück mit einem darauf zu errichtenden Zweifamilien-Wohnhaus. In § 4 des Vertrags, den die Klägerin auch bei der Veräußerung anderer Grundstücke verwendete, wurde u. a. vereinbart, daß dem „Käufer“ Gewährleistungsansprüche gegenüber der „Verkäuferin“ nur gemäß § 13 VOB/B zustehen sollen.

Nach Fertigstellung des Hauses — im Sommer 1982 — einigte sich die Klägerin mit den Eheleuten S. dahin, daß ihr noch eine Restforderung in Höhe von 50.000 DM zustehen, ein Betrag von 20.000 DM sofort bezahlt und für den nach Mängelbeseitigung zu zahlenden Restbetrag von 30.000 DM eine Bankbürgschaft gestellt werden sollte. Da

die Eheleute S. die Bürgschaft nicht beibringen konnten, unterzeichnete der Beklagte am 28. Juli 1982 eine als „Schuldversprechen“ überschriebene Urkunde, in der er erklärte, der Klägerin einen Betrag von 30.000 DM zu schulden.

Mit Schreiben vom 19. August 1982 forderte der Sohn des Beklagten die Klägerin unter Setzung einer „letzten“ Frist bis 23. August 1982 zur Mängelbeseitigung auf und erteilte der Klägerin nach Ablauf der Frist „Haus- und Grundstücksverbot“. Am 20. April 1983 traten die Eheleute S. ihre „Forderung auf Zahlung des Nachbesserungsaufwandes“ und ihre „Forderungen auf Schadensersatz“ gegen die Klägerin an den Beklagten ab. In einer als „Klarstellung und Neuabtretung“ bezeichneten Urkunde vom 24. Oktober 1984 „erneuerten“ sie diese Abtretung und erklärten, die Abtretung erstreckte sich auf „alle Ansprüche auf Erfüllung, Nachbesserung, Mängelbeseitigung, Gewährleistung oder Schadensersatz“, die ihnen gegen die Klägerin zustünden.

Der Beklagte zahlte an die Klägerin lediglich 20.000 DM. Mit der Klage fordert die Klägerin daher Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat den Beklagten, der mit ihm von den Eheleuten S. abgetretenen Ansprüchen auf Ersatz des Nachbesserungsaufwandes und Schadensersatz aufgerechnet hat, zur Zahlung von 3.400 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

*Aus den Gründen:*

I. ...

II. 1. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß etwaige Gewährleistungsansprüche der Eheleute S. gegen die Klägerin nicht verjährt sind. Die in § 4 des zwischen den Eheleuten S. und der Klägerin abgeschlossenen „Grundstückskaufvertrags“ enthaltene Verweisung lediglich auf § 13 VOB/B stellt eine unzulässige Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Eine solche Klausel ist gemäß § 11 Nr. 10 f) AGBB unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 10. Oktober 1985 — VII ZR 325/84 [= MittBayNot 1985, 250], zum Abdruck in BGHZ bestimmt).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte durch die von den Eheleuten S. am 20. April 1983 erklärte Abtretung Nachbesserungsansprüche gegen die Klägerin erworben.

a) Das Schrifttum hält den Nachbesserungsanspruch des Bestellers eines Werkvertrags allgemein für abtretbar (vgl. *Brych* NJW 1973, 1583, 1588; *Daub/Piel/Soergel/Steffani*, Kom. zur VOB/B, ErlZB 13.378; *Deckert*, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 2. Aufl., S. 227; *Dertleder* in AK BGB, vor §§ 633 ff. Rdnr. 4; *Fritz*, Haftungsfreizeichnung im Baurträger- und Architektenvertrag nach dem AGBG, S. 80; *Glanzmann* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdnr. 24; *Gross* NJW 1971, 648; ders. *BauR* 1972, 325, 328; ders. *BauR* 1975, 12; *Heiermann/Riedl/Schwaab*, VOB, 3. Aufl., Einführung zu B § 13 Rdnr. 10; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdnr. 24; *Korbion/Hochstein*, Der VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdnr. 188; *Locher*, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdnr. 46; *Locher/Koebble*, Baubetreuungs- und Baurträgerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 313; *Ohmen* MittRhNot 1973, 401, 418; ders. *DNotZ* 1975, 344, 347; *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Baurträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl. Rdnrn. 96, 99, 108; *Riedler* Betrieb 1976, 853, 855; *F. Schmidt* MittBayNot 1977, 155, 167; *Soergel* in Münch-Komm, BGB, § 633 Rdnr. 90; *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 633 Rdnr. 28; *Werner/Pastor*, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdnr. 1548; vgl. auch *Schwenzer* AcP 182, 214, 221; *Seetzen* AcP 169, 352, 370/371).

Der Bundesgerichtshof geht ebenfalls davon aus, daß der Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB abgetre-

ten werden kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 55, 354, 357/358; 70, 389, 391; NJW 1982, 169, 170 [= MittBayNot 1981, 235]; 1982, 1808, 1809; Senatsurteile vom 17. April 1969 — VII ZR 31/67 = Schäfer/Finnern, Rspr. Bau Z 4.10, Bl. 16; vom 18. Mai 1978 — VII ZR 138/77 = BauR 1978, 398, 399; vom 8. Dezember 1983 — VII ZR 152/82 = ZfBR 1984, 69 = BauR 1984, 172; vgl. a. Urteil vom 11. Juli 1985 — VII ZR 52/83 = ZIP 1985, 1141, 1142, zum Abdruck in BGHZ bestimmt). Allerdings hat er bisher nicht ausdrücklich entschieden, ob dieser Anspruch auch an einen Dritten abgetreten werden kann, der das erstellte Werk nicht erworben hat.

b) Der Senat ist der Auffassung, daß der Besteller eines Werks den ihm zustehenden Nachbesserungsanspruch auch dann wirksam an einen neuen Gläubiger abtreten kann, wenn er das von dem Unternehmer zu erstellende oder bereits erstellte Werk nicht zugleich an den neuen Gläubiger veräußert.

aa) Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann. Eine solche Inhaltsänderung ist stets dann anzunehmen, wenn — anders als bei höchstpersönlichen oder unselbständigen akzessorischen Ansprüchen — ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutzwürdig ist (Roth in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 399 Rdnr. 7; vgl. auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, AT, 13. Aufl., § 34 II 2). Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird deshalb immer dann verändert, wenn durch die Abtretung die Leistungshandlung des Schuldners geändert wird, der Schuldner aufgrund der Abtretung also etwas anderes als ursprünglich geschuldet zu leisten hat (vgl. BGH NJW 1972, 2036). Ebenso bedeutet es eine Inhaltsänderung, wenn die Leistungshandlung als solche im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt, obwohl die geforderte Handlung des Schuldners sich nicht verändert (Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, § 3 II 1).

Der Bundesgerichtshof hat daher einen Freistellungsanspruch, aufgrund dessen nur der Freizustellende eine Leistung — nämlich Freistellung von einer Verbindlichkeit — verlangen kann, außer an den Gläubiger der Forderung, von der zu befreien ist, nicht für abtretbar gehalten, weil eine Abtretung den Inhalt dieses mit der Person des Freizustellenden verbundenen Anspruchs verändern würde (Urteil vom 14. Januar 1975 — VI ZR 139/73 = LM BGB § 399 Nr. 14 = WM 1975, 305, 306 = Betrieb 1975, 445). Andererseits hat er die Abtretung eines Belegungsrechts aus einem Werkförderungsvertrag für zulässig erachtet, weil dadurch die Leistungshandlung des Schuldners nicht verändert, insbesondere nicht zu seinen Lasten erschwert wird (NJW 1972, 2036).

bb) Mit der Abtretung eines Nachbesserungsanspruchs ist — entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts — eine Veränderung des Anspruchsinhalts nicht verbunden. Zwar hat der Gläubiger als Erwerber des Werks ein besonderes Interesse an der mangelfreien Erstellung des Werks. Dieses Interesse besteht auch nach Abtretung des Nachbesserungsanspruchs fort. Der Leistungsinhalt des Nachbesserungsanspruchs wird durch die Abtretung jedoch nicht geändert; denn er wird nicht durch das Gläubigerinteresse, sondern durch die Leistungshandlung des Schuldners bestimmt. Diese Leistungshandlung erfährt durch die Abtretung aber keine Änderung, weil der Unternehmer nach wie vor das ursprünglich Geschuldete leisten muß, nämlich Nachbesserung

seines Werks. Auch nimmt seine Leistungshandlung im Hinblick auf den Empfänger keinen besonderen Charakter an; sie besteht weiterhin in der Nachbesserung des ursprünglichen Werks.

Daß mit der Abtretung der Inhalt des Nachbesserungsanspruchs nicht verändert wird, zeigt gerade der vorliegende Fall. Der Erfolg der von der Klägerin geschuldeten Leistung, Mängel am Haus der Eheleute S. zu beseitigen, bleibt auch dann gleich, wenn Gläubiger dieses Anspruchs nunmehr der Beklagte ist. Ebenso ist es — entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts — ohne Bedeutung, daß der Beklagte als neuer Gläubiger die Verfügungsgewalt über das nachzubessernde Werk, das Haus der Eheleute S., nicht inne hat. Auch dadurch wird der Leistungsinhalt des Nachbesserungsanspruchs nicht verändert.

Es ist daher gerechtfertigt, den Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB ohne Einschränkung als abtretbar anzusehen.

cc) Dies ist auch sach- und interessengerecht. Die Rechtsstellung des abtretenden Bestellers wird durch die Abtretbarkeit des Nachbesserungsanspruchs nicht beeinträchtigt. Schutzwürdige Interessen des Unternehmers stehen der Abtretbarkeit ebenfalls nicht entgegen. Insbesondere ist ihm eine Nachbesserung auf Verlangen des Gläubigers zumutbar.

Ein Ausschluß der Abtretung gemäß § 399 BGB würde vor allem im Streitfall zu unsachgemäßen und unbilligen Ergebnissen führen. Der Nachbesserungsanspruch wurde hier nicht — wie das Berufungsgericht meint — „isoliert an einen (etwa beliebigen) Dritten“ abgetreten. Neuer Gläubiger wurde vielmehr der Beklagte, der bereits vorher im Hinblick auf den von den Eheleuten S. geschuldeten Werklohn gegenüber der Klägerin ein Schuldversprechen abgegeben hat. Als neuer Schuldner der Restwerklohnforderung der Klägerin hat er daher ein besonderes Interesse an der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten, vor allem auch deshalb, weil das mangelhafte Haus im Eigentum seines Sohnes und seiner Schwiegertochter steht. Ein etwaiges Interesse der Klägerin, sich dem Zurückbehaltungsrecht des Beklagten zu entziehen, ist demgegenüber nicht schutzwürdig. Die Klägerin könnte auf diese Weise — ohne rechtliche Nachteile befürchten zu müssen — Nachbesserungen verweigern, obwohl sie nunmehr ihren Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns aufgrund des Schuldversprechens des Beklagten leichter durchzusetzen vermag.

...

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Das Urteil des BGH vom 10.10.1985 — VII ZR 325/84 — (MittBayNot 1985, 250) zur Unzulässigkeit der isolierten Vereinbarung des § 13 VOB/B betraf trotz des dortigen Leitsatzes keinen Bauträgerkauf. Mit vorstehendem Urteil hat der BGH seine dort begründete Rechtsauffassung ohne weitere Begründung auf den Fall des Kaufes vom Bauträger übertragen.

9. BGB § 1197 Abs. 2; GBO § 19 (*Rückwirkende Zinsabtretung bei zuvor unverzinslicher Eigentümergrundschuld*)

**Beantragt der Eigentümer für eine bisher unverzinsliche Eigentümergrundschuld die Eintragung von Zinsen mit rückwirkendem Beginn und gleichzeitig Eintragung der Abtretung des Grundpfandrechts mit diesen Zinsen, so ist eine solche rückwirkende Zinsabtretung nicht durch § 1197 Abs. 2 BGB ausgeschlossen und daher eintragungsfähig.**

BGH, Beschluß vom 3.10.1985 — V ZB 18/84 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Grundbesitz der Beteiligten war mit einer zinslosen Buchhypothek belastet. Nach Tilgung der Hypothekenforderung bewilligten und beantragten die Beteiligte und die BuchgläubigerIn die Eintragung der bisherigen Hypothek als Eigentümergrundschuld. In derselben Urkunde bewilligte die Beteiligte die Eintragung von 18% Grundschuldzinsen. Zugleich erklärte sie — unter Aufhebung des Ausschlusses der Briefertellung — die Abtretung der Grundschuld nebst Zinsen „mit Wirkung ab dem heutigen Tage“ an die Sparkasse B. und bewilligte die Eintragung der Abtretung.

Auf den Eintragungsantrag der Beteiligten hat der Rechtspfleger durch Zwischenverfügung den Zeitpunkt der Zinsabtretung mit der Begründung beanstandet, nach § 1197 Abs. 2 BGB könnten Zinsen der Eigentümergrundschuld nicht rückwirkend abgetreten werden, sondern frühestens ab Eintragung des Grundpfandrechts als Briefgrundschuld.

Die als Beschwerde geltende Erinnerung der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen (veröffentlicht in Rpfleger 1985, 145). Das Oberlandesgericht hält die weitere Beschwerde für begründet. Es sieht sich an einer dahingehenden Entscheidung jedoch im Hinblick auf die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 4. März 1976, BReg 2 Z 85/75 = BayObLGZ 1976, 44 = DNotZ 1976, 494 [= MittBayNot 1976, 25] und vom 29. November 1978, BReg. 2 Z 79/77 = DNotZ 1979, 221 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Abdruck des Vorlagebeschl. in ZIP 1984, 1333).

#### Aus den Gründen:

1. Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO zulässig.

Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, die Abtretung von Zinsen einer Eigentümergrundschuld auf einen Zeitpunkt, zu dem die Abtretung noch nicht wirksam geworden sei, sei durch § 1197 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen und daher eintragungsfähig. Demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht den Standpunkt vertreten (BayObLGZ 1976, 44 [= MittBayNot 1976, 25]; DNotZ 1979, 221), diese Vorschrift schließe eine rückwirkende Abtretung von Zinsen der Eigentümergrundschuld aus. Es hat allerdings in dem schon genannten Beschluß vom 29. November 1979 (DNotZ 1979, 221, 223) die Grundbucheintragung auch dann als zulässig angesehen, wenn zwar — wie im vorliegenden Fall — die Abtretungserklärung den Tag ihrer Unterzeichnung oder „einen der folgenden Tage“ als Zeitpunkt des Zinsübergangs bestimmt, jedoch das Grundbuchamt keine konkreten Anhaltspunkte hat, daß nicht schon an diesem Tag die Abtretungserklärung durch Einigung und Briefübergabe wirksam geworden sei. Diesen Gesichtspunkt hat das vorliegende Oberlandesgericht nicht aufgegriffen. Hiervon indessen wird die Zulässigkeit der Vorlage nicht berührt. Denn insoweit ist nur maßgebend, ob das Oberlandesgericht nach seiner Beurteilung der Sache eine Rechtsfrage für entscheidungserheblich hält, die zuvor ein anderes Oberlandesgericht abweichend entschieden hat (BGHZ 7, 339, 341; Senatsbeschl. v. 6. März 1981, V ZB 2/81, NJW 1981, 1781; vgl. auch BGHZ 82, 34, 36 f). Das aber ist hier der Fall, weil das vorliegende Oberlandesgericht, anders als das Bayerische

Oberste Landesgericht, die rückwirkende Abtretung von Zinsen der Eigentümergrundschuld nach materiellem Recht als wirksam ansieht und schon aus diesem Grund für eintragungsfähig hält. Diese Frage bezieht sich auf eine die Auslegung des Grundbuchrechts betreffende Vorschrift im Sinne von § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO, da ein sich für den vorliegenden Fall etwa nach materiellem Recht (§ 1197 Abs. 2 BGB) ergebender Zinsausschluß auch für die Zuverlässigkeit der Grundbucheintragung von Bedeutung ist (vgl. KEHE-Kuntze, Grundbuchrecht 3. Aufl., GBO § 79 Rdnr. 6).

2. Die — zulässige — weitere Beschwerde hat Erfolg.

Auf die vom Oberlandesgericht als entscheidungserheblich angesehene Rechtsfrage, ob Zinsen einer Eigentümergrundschuld rückwirkend abgetreten werden können, kommt es unter den hier vorliegenden Umständen nicht an. Der in § 1197 Abs. 2 BGB geregelte Zinsausschluß erfaßt den gegebenen Fall nicht.

Eingetragen war hier eine unverzinsliche Buchhypothek. Diese hatte sich außerhalb des Grundbuches durch Tilgung in eine Eigentümergrundschuld verwandelt (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB). In der Bestellung von 18% Zinsen auf diese Grundschuld lag eine Inhaltsänderung (§ 877 BGB). Eine solche konnte erst mit Eintragung der Zinsen dingliche Wirkung erlangen (§§ 877, 873, 874 BGB), auch im Umfang bis zu 5% Zinsen, da bis zu dieser Höhe zwar nach § 1119 BGB die Notwendigkeit der Zustimmung etwaiger gleich- und nachrangig Berechtigter entfällt, nicht aber auch das für den Eintritt der Rechtsänderung bestehende Erfordernis der Grundbucheintragung. Die Beteiligte als Eigentümerin des belasteten Grundstücks hat sodann in derselben Urkunde sowohl die Zinsseintragung als auch die Eintragung der Abtretung des Grundpfandrechts mit den Zinsen bewilligt und beantragt. Da beide Inhaltsänderungen gemäß §§ 17, 45 Abs. 1 GBO gleichzeitig — wenn auch unter Voreintragung der Eigentümergrundschuld und der Nebenleistung (§ 39 Abs. 1 GBO) — eingetragen werden mußten, konnten die Zinsen Inhalt des dinglichen Rechts erst in dem Zeitpunkt werden, zu dem auch die Abtretung von Eigentümergrundschuld und Zinsen eingetragen wurde. Das Zinsrecht entstand also erst, als die Eigentümergrundschuld durch Eintragung der Abtretung zur Fremdgrundschuld in der Hand der neuen Gläubigerin wurde.

Auf diesen Fall ist § 1197 Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Denn diese Vorschrift versagt nur dem Eigentümer Zinsen der Eigentümergrundschuld (BGHZ 64, 316, 320; Senatsurt. v. 27. Februar 1981, V ZR 9/80, NJW 1981, 1505, 1506). Sie greift mithin nicht ein, wenn die Eigentümergrundschuld abgetreten wird und die mitabgetretenen Zinsen als dingliche Belastung erst mit Eintragung der Abtretung, also erst in der Person der Abtretungsempfängerin entstehen. Die Lage stellt sich dann nicht anders dar als im Falle der Bestellung einer Fremdgrundschuld. Für diese aber ist anerkannt, daß sie mit Zinsen für die Vergangenheit vereinbart und eingetragen werden kann (RGZ 136, 232, 235; KG HRR 1930 Nr. 1457; OLG Stuttgart NJW 1953, 464; BayObLGZ 1978, 136, 138 [= MittBayNot 1978, 550]; MünchKommEickmann § 1115 Rdnr. 29; BGB-RGRK/Matterm 12. Aufl. § 1115 Rdnr. 30; Erman/Räfle, BGB 7. Aufl. § 1115 Rdnr. 9), folglich mit rückwirkendem Zinsbeginn auch abtretbar ist.

Daraus ergibt sich grundbuchrechtlich, daß die beantragte Eintragung der Zinsabtretung nicht im Hinblick auf § 1197 Abs. 2 BGB zur Unrichtigkeit des Grundbuches führt, wie das Grundbuchamt angenommen hat. Ob im übrigen im

Zeitpunkt der Eintragung die für die Abtretung als solche sachenrechtlich nötige Einigung der Vertragsparteien vorliegt, ist im Grundbuchverfahren nicht zu prüfen. Nach § 19 GBO erfolgt die Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Die Möglichkeit einer nur vorübergehenden Unrichtigkeit bis zur nachholbaren Einigung (und Briefübergabe) ist kein Hinderungsgrund für die Eintragung (KEHE-Ertl aaO Einl. C 72; Horber, GBO 16. Aufl. Anm. 7 B vor § 13). Tatsachen dafür, daß sich hier der Rechtsübergang nicht mehr vollenden könnte und deshalb die Eintragung das Grundbuch endgültig unrichtig machen würde, stehen nicht mit der für die Ablehnung des Eintragungsantrages erforderlichen Gewißheit (BGHZ 35, 135, 139 f) fest.

Auf die weitere Beschwerde ist daher der angefochtene Beschluß des Landgerichts aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen Bedenken gegen den Eintragungsantrag Abstand zu nehmen.

10. GBO § 38; FlurbG §§ 61, 63, 68, 79 (Zur Eintragung der Auflassung im Flurbereinigungsverfahren)

**Zur Grundbuchberichtigung nach dem Flurbereinigungsplan, wenn die Auflassung eines Einlagegrundstücks noch im Grundbuch vollzogen worden ist, der Flurbereinigungsplan aber für dieses Grundstück kein bestimmtes Ersatzgrundstück ausweist.**

BayObLG, Beschluß vom 7.11.1985 — BReg. 2 Z 22/85 — mitgeteilt von Ernst Karmasin, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Zu notarieller Urkunde vom 14.7.1982 ließ der Beteiligte zu 2 sein Grundstück Flst.Nr. 10153 der Gemarkung S. an den Beteiligten zu 3 auf.

Das Grundstück Flst.Nr. 10153 gehörte zusammen mit anderen Grundstücken des Beteiligten zu 2 zum Flurbereinigungsgebiet S. Der Flurbereinigungsplan weist dem Beteiligten zu 2 für die von ihm eingelegten Grundstücke (einschließlich des Grundstücks Flst.Nr. 10153) mehrere neue Grundstücke als Abfindung zu. Er enthält aber keine Bestimmung darüber, ob eines der Ersatzgrundstücke (oder ein Teil davon) an die Stelle des Einlagegrundstücks Flst.Nr. 10153 tritt.

Unter dem 8.9.1982 erließ die Beteiligte zu 1 als zuständige Flurbereinigungsdirektion die Ausführungsanordnung gemäß § 63 FlurbG mit Wirkung vom 1.10.1982.

Das Grundbuchamt trug den Beteiligten zu 3 am 4.10.1982 auf Grund der Auflassung vom 14.7.1982 als Eigentümer des Grundstücks Flst.Nr. 10153 ein. Die Ausführungsanordnung der Flurbereinigungsdirektion war den eintragenden Beamten zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt.

Die Grundstücke des Beteiligten zu 2 sind in den Bestandsverzeichnissen der Grundbücher von S. Bd. 77 Bl. 3533 und Bd. 95 Bl. 4162 gebucht. Anlässlich der Eigentumsumschreibung vom 4.10.1982 wurde das Grundstück Flst.Nr. 10153 von Bd. 77 Bl. 3533 auf das Grundbuchblatt des Beteiligten zu 3 (Bd. 88 Bl. 3913) übertragen.

2. Gegen den Vollzug der Auflassung legte die Beteiligte zu 1 Erinnerung ein und beantragte, die Eintragung vom 4.10.1982 zu löschen bzw. das Grundbuch Bd. 88 Bl. 3913 gemäß § 35 Grundbuchverordnung zu schließen. Das Begehren blieb in allen Instanzen erfolglos, weil der Beteiligte zu 1 in jenem Verfahren die Beschwerdeberichtigung fehlte und ihr Rechtsmittel deshalb unzulässig war (Senatsbeschluß vom 25.8.1983 RdL 1983, 268).

3. Mit Schreiben vom 12./15.10.1984 hat die Beteiligte zu 1 unter Bezugnahme auf §§ 79 ff. Flurbereinigungs-gesetz und die Ausführungsanordnung vom 8.9.1982 gebeten, „das Grundbuch für den Besitzstand ... (es folgt der Name des Beteiligten zu 2) zu berichtigen.“ Dem Schreiben sind ein Einlagenausweis und ein Ersatzausweis beigefügt, auf denen der Name des Beteiligten zu 2 und die Flurnummern der eingelegten Grundstücke bzw. der Abfindungsgrundstücke

angegeben sind. Der Einlagenausweis führt neben den übrigen vom Beteiligten zu 2 eingelegten Grundstücken auch das Grundstück Flst.Nr. 10153 auf; er nennt auch die Grundbuchstellen, und zwar Bd. 77 Bl. 3533 und Bd. 95 Bl. 4162.

Das Grundbuchamt hat der Beteiligten zu 1 mitgeteilt, die Berichtigung sei derzeit wegen der Übertragung des genannten Grundstücks auf den Beteiligten zu 3 nicht möglich; um entsprechende Berichtigung des Einlagen- und Ersatzausweises werde gebeten. Der dagegen gerichteten Erinnerung der Beteiligten zu 1 hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 mit Beschluß vom 5.2.1985 zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

*Aus den Gründen:*

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Das an das Grundbuchamt gerichtete Schreiben der Beteiligten zu 1 vom 12./15.10.1984 stellt ein Ersuchen um Berichtigung des Grundbuchs im Sinne von § 38 GBO dar (Horber GBO 16. Aufl. Anm. 2 p, Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE — Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 31, je zu § 38; Seehusen/Schwede FlurbG 4. Aufl. § 79 Rdnr. 2). Im Rahmen eines solchen Verfahrens nach § 38 GBO, §§ 79 ff. FlurbG hat die Flurbereinigungsbehörde gegen ablehnende Entscheidungen des Grundbuchamts ein selbständiges Beschwerderecht (BayObLG RdL 1983, 268 m. w. Nachw.).

Die weitere Beschwerde ist auch begründet.

2. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Beteiligte zu 1 könne aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt die sich auf das Grundstück Flst. Nr. 10153 beziehende Berichtigung verlangen. Dieses Grundstück sei zwar als Gegenstand des Eigentums untergegangen. An seine Stelle sei im Wege der Surrogation nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG das Ersatzgrundstück getreten. Trete der im Flurbereinigungsplan vorgesehene Rechtszustand zu dem in der Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt bereits vor der Eintragung der Auflassung in das Grundstück an die Stelle des bisherigen Rechtszustands, so beziehe sich die Auflassung von selbst auf das Ersatzgrundstück.

Mit der Auflassung habe der Beteiligte zu 3 ein Eigentumsanwartschaftsrecht an dem Grundstück Flst. Nr. 10153 erworben. Am 1.10.1982 sei an Stelle dieses Grundstücks das Ersatzgrundstück, bzw. ein entsprechender Anteil daran, getreten.

Eine Berichtigung bezüglich des Besitzstands des Beteiligten zu 2 komme daher nicht in Betracht, da der Beteiligte zu 3 inzwischen durch die rechtswirksame Eintragung im Grundbuch Eigentum an dem Ersatzgrundstück erlangt habe.

3. Dem kann in mehreren Punkten nicht gefolgt werden.

a) Für die Entscheidung ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Mit der Anordnung der Ausführung des Flurbereinigungsplans tritt zu dem darin bestimmten Zeitpunkt der im Plan vorgesehene neue Rechtszustand an die Stelle des bisherigen Rechtszustands (§ 61 Satz 2 FlurbG). Damit gehen die alten Grundstücke rechtlich unter; an ihre Stelle treten im Wege der Surrogation die als Ersatz ausgewiesenen Grundstücke (§ 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG). Das bedeutet, daß die Rechtsverhältnisse, die an den alten Grundstücken bestanden, sich ohne weiteres an den Ersatzgrundstücken fortsetzen, so insbesondere auch das Eigentum. Das Grundbuch wird durch die Rechtsänderung in seinen Bestandsangaben unrichtig. Es ist auf Ersuchen der Flurberei-

gungsbehörde (§ 79 Abs. 1 FlurbG) entsprechend den neuen Verhältnissen zu berichtigen, wobei bis zur Berichtigung des Liegenschaftskatasters der Flurbereinigungsplan als amtliches Verzeichnis der Grundstücke im Sinne des § 2 Abs. 2 GBO dient (§ 81 Abs. 1 FlurbG).

Das Ersuchen ersetzt in Verbindung mit dem Flurbereinigungsplan und den sonstigen Unterlagen (vgl. § 80 FlurbG) den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO. Das Grundbuchamt hat nur zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen des Eintragungsersuchens erfüllt sind, ob es alle für die beantragte Eintragung notwendigen Angaben enthält und ob die erforderlichen Unterlagen (§ 80 FlurbG) vorliegen (vgl. *Horber* Anm. 6 a, KEHE Rdnr. 81, je zu § 38; *Seehusen/Schwede* § 79 Rdnr. 4; vgl. auch BayObLG 1970, 182/185; 1981, 9/11; BayObLG Rpfleger 1982, 98/99). Eine inhaltliche Prüfung des Berichtigungsersuchens kommt dem Grundbuchamt nicht zu.

Eine Ausnahme hiervon ist zu machen, wenn das Grundbuchamt weiß, daß die beantragte Eintragung unrichtig sein würde. Das Grundbuchamt darf eine solche Eintragung nicht vornehmen (BGHZ 35, 135/139 f.; BayObLGZ 1979, 434/437 [= MittBayNot 1980, 9]; 1982, 455/459 [= MittBayNot 1983, 64]; *Horber* Grundzüge 7 B vor § 13). Das gilt auch im Rahmen der Behandlung eines Eintragungsersuchens nach § 38 GBO.

b) Das vorliegende Berichtigungsersuchen der Beteiligten zu 1 vom 12./15.10.1984 zielt darauf ab, daß das Grundbuch in folgendem Sinn berichtigt werden soll: Die im Einlagenausweis aufgeführten Grundstücke sollen, weil rechtlich untergegangen, als Bestand abgeschrieben und die im Ersatzausweis aufgeführten Grundstücke sollen als neuer Bestand im Grundbuch, das den Beteiligten zu 2 als Eigentümer ausweist, eingetragen werden.

Entgegen der Annahme des Landgerichts steht dieser Berichtigung des Grundbuchs nicht der Umstand entgegen, daß als Eigentümer des alten Grundstücks Flst. Nr. 10153 inzwischen der Beteiligte zu 3 eingetragen ist.

Für die rechtliche Betrachtung ist zwischen mehreren Teilen der beantragten Berichtigung zu unterscheiden:

(1) Im Zuge der Berichtigung sollen einmal die noch im Grundbuch als Eigentum des Beteiligten zu 2 eingetragenen Grundstücke im Bestandsverzeichnis abgeschrieben werden. Das sind alle vom Beteiligten zu 2 eingelegten Grundstücke mit Ausnahme des Grundstücks Flst. Nr. 10153, welches inzwischen auf einem anderen Grundbuchblatt (Bd. 88 Bl. 3913) gebucht ist, das den Beteiligten zu 3 als Eigentümer ausweist. Wie durch das Berichtigungsersuchen nachgewiesen ist, sind die alten, im Eigentum des Beteiligten zu 2 stehenden Grundstücke zu dem in der Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt, das ist der 1.10.1982, rechtlich untergegangen.

(2) Die Grundbuchberichtigung besteht ferner darin, daß die im Ersatzausweis aufgeführten neuen Grundstücke als neuer Bestand im Grundbuch, mit dem Beteiligten zu 2 als Eigentümer, vorgetragen werden. Auch hierfür ist das Berichtigungsersuchen gemäß § 38 GBO eine ausreichende Grundlage; denn ausweislich des Flurbereinigungsplans sind die betreffenden Ersatzgrundstücke an die Stelle der dem Beteiligten zu 2 gehörenden Grundstücke getreten.

Das Grundbuch könnte allerdings dann nicht so wie beantragt berichtigt werden, wenn — wie das Landgericht meint — der Beteiligte zu 3 durch die Auflassung vom 14.7.1982

und die „rechtswirksame Eintragung“ vom 4.10.1982 Eigentum an einem Ersatzgrundstück erworben hätte. Denn dann würde die Buchung dieses Ersatzgrundstücks bei dem neuen Bestand des Beteiligten zu 2 das Grundbuch unrichtig machen; das Grundbuchamt dürfte, wie oben dargelegt, an einer solchen Eintragung nicht mitwirken. Durch die Buchung der Ersatzgrundstücke auf den Beteiligten zu 2 wird das Grundbuch indes nicht unrichtig. Der Beteiligte zu 3 hat kein Eigentum an einem Ersatzgrundstück erworben.

Der Beteiligte zu 2 war bis einschließlich 30.9.1982 Eigentümer des alten Grundstücks Flst. Nr. 10153. Sein Eigentum setzte sich am 1.10.1982 an allen im Flurbereinigungsplan für ihn ausgewiesenen Ersatzgrundstücken fort. Daran hat sich nichts geändert, als am 4.10.1982 der Beteiligte zu 3 als Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 10153 eingetragen wurde. Diese Eintragung konnte einen Eigentumsübergang am alten Grundstück nicht mehr bewirken; denn dieses Grundstück bestand seit 1.10.1982 rechtlich nicht mehr. Die Eintragung hat auch nicht den Eigentumsübergang an einem Ersatzgrundstück bewirkt; denn der Flurbereinigungsplan weist im vorliegenden Fall nicht speziell für das alte Grundstück Flst. Nr. 10153 ein Ersatzgrundstück aus.

Im Flurbereinigungsverfahren gilt nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG der Grundsatz der dinglichen Surrogation (BayObLG 1969, 263/270; 1972, 242/243 f. m. w. Nachw.). Dies wirkt sich u. a. auch dahin aus, daß sich die Auflassung eines Einlagegrundstücks von selbst auf das Ersatzgrundstück bezieht, wenn der im Flurbereinigungsplan vorgesehene neue Rechtszustand nach §§ 61, 63 FlurbG bereits vor der Eintragung der Auflassung an die Stelle des bisherigen Rechtszustands tritt (BayObLG aaO). Voraussetzung dafür ist aber, daß als Surrogat für das aufgelassene Einlagegrundstück ein bestimmtes Ersatzgrundstück vorhanden ist (vgl. BayObLGZ 1969, 263/273; OLG Schleswig RdL 1964, 305/306; vgl. auch § 68 Abs. 2, Abs. 3 FlurbG). Daran fehlt es hier. Aufgelassen ist eines von mehreren Einlagegrundstücken. Für dieses Grundstück ist kein eigenes Ersatzgrundstück ausgewiesen. Schon aus diesem Grund hat der Beteiligte zu 3 an keinem der für den Beteiligten zu 2 ausgewiesenen Ersatzgrundstücke Eigentum erworben.

Auf die allgemeinere Frage kommt es danach nicht mehr an, ob der nach Inkrafttreten der Ausführung des Flurbereinigungsplans vorgenommene Vollzug einer vorher erklärten Auflassung im noch nicht auf den neuen Bestand berichtigten Grundbuch das Eigentum an dem Ersatzgrundstück auf den Erwerber übergehen läßt, wenn der Flurbereinigungsplan für das alte (rechtlich untergegangene) Grundstück ein bestimmtes Ersatzgrundstück ausweist. Der Senat hat ausgesprochen, daß die Auflassung in einem solchen Fall nicht eingetragen werden darf, solange das Grundbuch im Bestandsverzeichnis nicht dahin berichtigt ist, daß anstelle des alten Grundstücks nunmehr das Ersatzgrundstück ausgewiesen wird (BayObLGZ 1982, 455 [= MittBayNot 1983, 64]; BayObLG RdL 1984, 179). Ob eine gleichwohl vorgenommene Eintragung den Eigentumsübergang am Ersatzgrundstück bewirken würde, kann hier offen bleiben (vgl. hierzu einerseits OLG Schleswig RdL 1964, 305/306; BVerwGE 9, 288/293; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 2257 k; *Seehusen/Schwede* § 15 Rdnr. 4 und § 82 Rdnr. 1; *Staudinger* BGB 12. Aufl. Art. 113 EGBGB Rdnr. 19; *Seehusen* RdL 1955, 317/318; *Eckhardt* in BWNNotZ 1984, 109; andererseits KG JFG 20, 377 ff.; LG Schweinfurt MittBayNot 1975, 244 mit zustimmender Anmerkung von *Bengel*; *Rehle* MittBayNot 1980, 161; *Halduk* MittBayNot 1983, 66).

(3) Neben den oben (1) genannten alten Grundstücken gehört auch das Grundstück Flst. Nr. 10153 zu den Grundstücken, die mit dem Inkrafttreten der Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplans rechtlich untergegangen sind. Dieses Grundstück kann in dem Grundbuch Bd. 77 Bl. 3533, auf welchem es früher gebucht war und das den Beteiligten zu 2 als Eigentümer ausweist, nicht mehr im Wege der Berichtigung abgeschrieben werden; denn es ist nicht mehr hier, sondern jetzt im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs Bd. 88 Bl. 3913 vorgetragen, das den Beteiligten zu 3 als Eigentümer ausweist. Auch dieser Umstand steht der von der Beteiligten zu 1 mit dem Schreiben vom 12./15.10.1984 beantragten Grundbuchberichtigung nicht entgegen.

Die Berichtigung der Bestandsverzeichnisse der beiden für den Beteiligten zu 2 geführten Grundbücher Bd. 77 Bl. 3533 und Bd. 95 Bl. 4162 — mit dem oben (1) und (2) dargelegten Inhalt — wird nicht dadurch gehindert, daß eines der früher dort vorgetragenen und im Einlagenausweis aufgeführten alten Grundstücke (nämlich das Grundstück Flst. Nr. 10153) nicht mehr im Bestandsverzeichnis enthalten ist.

Die Frage kann nur sein, ob im Rahmen des gestellten Antrags auch das Grundbuch Bd. 88 Bl. 3913, das den Beteiligten zu 3 als Eigentümer ausweist, dahin berichtigt werden kann, daß das Grundstück Flst. Nr. 10153 im Bestand abgeschrieben wird. Diese Berichtigung auf Grund des Flurbereinigungsplans ist an sich möglich; denn aus ihm ergibt sich, daß das Grundstück Flst. Nr. 10153 rechtlich nicht mehr besteht. Jedoch bezieht sich das Berichtigungsersuchen nicht auf das Grundbuch Bd. 88 Bl. 3913; es enthält keinerlei Hinweis, daß die Berichtigung auch insoweit beantragt wird, und in dem dem Berichtigungsersuchen beigefügten Einlagenausweis sind nur die beiden anderen Grundbuchstellen (Bd. 77 Bl. 3533 und Bd. 95 Bl. 4162) genannt. Wegen der Formstrenge des Grundbuchverfahrens kann das Berichtigungsersuchen hier nicht erweiternd ausgelegt werden.

c) Für die Entscheidung über das Berichtigungsersuchen braucht der Frage nicht weiter nachgegangen zu werden, ob sich hinsichtlich des Bestands der Ersatzgrundstücke noch dadurch eine nachträgliche Änderung ergeben kann, daß die Beteiligte zu 1 für das aufgelassene Einlagegrundstück gemäß § 68 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 FlurbG ein besonderes Ersatzgrundstück bestimmt. Eine solche Bestimmung kann zwar auch noch nach der Anordnung der Ausführung des Flurbereinigungsplans bis zur Rechtskraft der Schlußfeststellung (§ 149 Abs. 1, Abs. 3 FlurbG) getroffen werden (BayObLGZ 1969, 263/273; *Seehusen/Schwede* § 68 Rdnrn. 25, 26), und sie würde, da sie eine Änderung oder Ergänzung des Flurbereinigungsplans darstellt (BayObLGZ aaO), gemäß § 64 Satz 2 2. Halbsatz, § 63 Abs. 2 FlurbG auf den in der Ausführungsanordnung festgesetzten Tag zurückwirken. Für die Grundbuchberichtigung aber kommt es auf den gegenwärtigen Rechtszustand an. Solange eine Bestimmung gemäß § 68 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 FlurbG nicht getroffen ist, kann sie nicht berücksichtigt werden. Ob die Voraussetzungen für eine solche Bestimmung gegeben sind, kann deshalb ebenfalls dahinstehen.

d) Das Grundbuchamt wird nunmehr unter Berücksichtigung der vorstehenden Rechtsauffassung zu prüfen haben, ob alle übrigen an das Berichtigungsersuchen zu stellenden Voraussetzungen (vgl. § 80 FlurbG) erfüllt sind. Wird dies bejaht, werden die genannten Grundbuchstellen (Bd. 77 Bl. 3533 und Bd. 95 Bl. 4162) entsprechend zu berichtigen sein.

11. BGB § 180; GBO § 19 (*Mangelhafter Gemeinderatsbeschluß im Grundbuchverfahren*)

**1. Eine von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Bewilligung kann im Eintragungsverfahren genehmigt werden.**

**2. Zur Auslegung von Grundbucheklärungen (hier: einer durch Gemeinderatsbeschluß erteilten Vollmacht).**

**3. Selbständige Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses durch das Rechtsbeschwerdegericht.**

BayObLG, Beschluß vom 31.10.1985 — BReg. 2 Z 89/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Vertrag vom 21.9.1984 verkaufte der erste Bürgermeister der Gemeinde E. (Beteiligte zu 1), an Frau Ulrike K. (Beteiligte zu 2) ein Grundstück. Er handelte dabei „auf Grund und in Vollzug“ des Gemeinderatsbeschlusses vom 21.8.1984 für die Gemeinde und bewilligte eine Vormerkung.

In dem Beschluß des Gemeinderates der Gemeinde E. vom 21.8.1984 heißt es:

Die Firma K. hat bereits vor einiger Zeit mit der Gemeinde E. wegen des Erwerbs einer Grundstücksfläche Verbindung aufgenommen . . . Herr K. richtet nun den offiziellen Antrag an die Gemeinde E., im Gewerbegebiet eine Grundstücksfläche zur Errichtung einer Autowerkstätte mit einer Größe von ca. 3 000 Quadratmetern erwerben zu können. Der Standort ist bereits zwischen der Gemeinde und Herrn K. abgesprochen. Der Gemeinderat legt hierzu heute nun folgendes fest: Dem Antrag des Herrn K. auf Erwerb einer Grundstücksfläche von ca. 3 000 Quadratmetern wird zugestimmt. Die endgültige Grundstücksfläche ergibt sich dann nach erfolgter Vermessung, welche durch die Firma K. auf deren Kosten zu beantragen ist. Die Bedingungen hierzu sind folgende:

Herr Bürgermeister R. wird beauftragt, den Grundstückskauf beim Notariat M. zu beurkunden.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Vormerkung mit Zwischenverfügung beanstandet: Nach dem Gemeinderatsbeschluß habe das Grundstück an die Firma Autohaus K. bzw. an Herrn K. verkauft werden sollen. Frau K. sei in dem Beschluß nicht erwähnt. Die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters für das vorgenommene Rechtsgeschäft sei nicht nachgewiesen. Hierzu sei binnen vier Wochen ein genehmigender Gemeinderatsbeschluß vorzulegen.

Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Es fehle der Nachweis, daß der erste Bürgermeister ermächtigt gewesen sei, die Gemeinde bei Abschluß des notariellen Vertrages und der dabei an das Grundbuchamt gestellten Anträge zu vertreten. Über den Verkauf eines Grundstücks der Gemeinde E. habe nach Art. 29 GO der Gemeinderat zu entscheiden. Der erste Bürgermeister sei hierzu allein (Art. 37, 38 GO) nicht befugt. Durch den Gemeinderatsbeschluß vom 21.8.1984 sei das Handeln des ersten Bürgermeisters nicht gedeckt. Der Gemeinderat habe nicht beschlossen, das Grundstück an Frau K. zu verkaufen.

2. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist gerechtfertigt.

a) Die Eintragung der Auflassungsvormerkung setzt die Bewilligung (§ 19 GBO) desjenigen voraus, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen wird, hier also die der Gemeinde. Für die Gemeinde hat hier ihr erster Bürgermeister eine Eintragungsbewilligung abgegeben. Gibt der erste Bürgermeister einer Gemeinde als deren Vertreter grundbuchmäßige Erklärungen ab, so hat er dem Grundbuchamt seine

Befugnis zur Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts nachzuweisen, denn Art. 38 Abs. 1 GO begründet lediglich das Vertretungsrecht des ersten Bürgermeisters, jedoch nicht seine Vertretungsmacht (BayObLGZ 1974, 81/84; 1974, 374/376 [= MittBayNot 1975, 39]; Horber GBO 16. Aufl. § 19 Anm. 5 Ec). Im vorliegenden Fall hat der erste Bürgermeister bei Abgabe der Eintragungsbewilligung „auf Grund und in Vollzug“ des Gemeinderatsbeschlusses vom 21.8.1984 gehandelt. Maßgebend ist mithin, ob sich seine Vertretungsmacht aus dem genannten Gemeinderatsbeschluß ergibt.

Das Landgericht hat dies verneint. Seine Annahme, der dem Kaufvertrag (in Form eines beglaubigten Auszugs aus dem Sitzungsbuch) beigelegte Gemeinderatsbeschluß begründe die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters nicht, kann nicht beanstandet werden.

aa) Ob der Gemeinderatsbeschluß eine entsprechende Ermächtigung des ersten Bürgermeisters enthält, ist Auslegungfrage. Für die Auslegung von Grundbucheintragungen gilt der Grundsatz, daß auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205/209 [= DNotZ 1973, 20]; BayObLGZ 1984, 122/124; Horber § 53 Anm. 2; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE-Grundbuchrecht 3. Aufl. Einl. C 26).

bb) Der Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses durch das Landgericht (zur Nachprüfbarkeit der Auslegung von behördlichen Willensakten vgl. BGHZ 3, 1/15; RGZ 102, 1/3; Horber § 78 Anm. 3 A b; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 43. Aufl. Anm. 2 a, Thomas-Putzo ZPO 13. Aufl. Anm. 2 a bb, Zöllner ZPO 14. Aufl. Rdnr. 11, je zu § 550) ist beizupflichten. Der Gemeinderat hat den ersten Bürgermeister beauftragt, „den Kaufvertrag“ zu beurkunden. Damit ist der Vertrag gemeint, dessen wesentliche Bedingungen — darunter auch eine Verpflichtung des Käufers, auf dem Kaufgrundstück ein Betriebsgebäude zu errichten — der Gemeinderat festgelegt hatte. In dem Gemeinderatsbeschluß ist auf Vorverhandlungen mit der Firma K. bzw. Herrn K. Bezug genommen. Frau K., die Beteiligte zu 2, ist in dem Beschluß nicht erwähnt. Aus ihm ergibt sich als nächstliegende Bedeutung mithin weder, daß der erste Bürgermeister (allgemein) ermächtigt sein sollte, das Grundstück (an irgend jemanden) zu veräußern, noch, daß er befugt sein sollte, dies an Frau K. zu tun. Daraus folgt zugleich, daß sich aus dem Gemeinderatsbeschluß jedenfalls keine Ermächtigung zur Bewilligung einer Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 herleiten läßt. ...

cc) Der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann nicht beigegeben werden, der erste Bürgermeister habe Beschlüsse des Gemeinderats zu vollziehen, seine Vertretungsmacht ergebe sich deshalb aus Art. 37 GO. Geht es, wie hier, um ein Geschäft, für dessen Vornahme dem ersten Bürgermeister nicht schon von vornherein Vertretungsmacht (nach Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO) eingeräumt ist, so wird seine Vertretungsmacht erst durch einen entsprechenden Gemeinderats- (oder Ausschuß-) Beschluß begründet (Art. 29, 30 Abs. 2 GO; BayObLGZ 1974, 374/376 [= MittBayNot 1973, 20] m.w. Nachw.; Widmann BayGO 4. Aufl. Art. 38 Anm. 3 a). Ein Gemeinderatsbeschluß, nach dem der Beteiligten zu 2 eine Auffassungsvormerkung zu bewilligen wäre, liegt, wie bereits dargelegt ist, nicht vor.

c) Das Grundbuchamt hat in seiner Zwischenverfügung zu treffend angenommen, das Eintragungshindernis könne da

durch beseitigt werden, daß zu der — die Eintragungsbewilligung enthaltenden — Kaufurkunde ein genehmigender Gemeinderatsbeschluß beigebracht wird.

Eine von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) kann trotz § 180 BGB im Eintragungsverfahren nachträglich genehmigt werden (KG DNotZ 1936, 735/736; KEHE § 19 Rdnr. 198; Hägele/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 1961; Münch-Komm. BGB § 180 Rdnr. 6). Keine Besonderheit ergibt sich insoweit daraus, daß es hier um eine Eintragungsbewilligung einer Gemeinde geht. Auch eine von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht für eine Gemeinde abgegebene Eintragungsbewilligung ist nicht nichtig, sondern kann nachträglich durch den Gemeinderat genehmigt werden (vgl. BayObLGZ 1971, 299/301; Widmann Art. 29 Anm. 6 e).

12. GBO § 19; WEG § 1 Abs. 2, 3, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 2 (Zur Unterteilung von Wohnungseigentum)

1. Die Eintragung der Teilung eines Wohnungseigentums bedarf nicht der Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer.

2. Die Eintragung der Umwandlung eines in der Teilungserklärung als Büroraum bezeichneten Teileigentums in Wohnungseigentum bedarf der Bewilligung der übrigen Wohnungs-(Teil-)Eigentümer.

BayObLG, Beschluß vom 5.12.1985 — BReg. 2 Z 67/85 — mitgeteilt von Ernst Karmasin, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte ist Eigentümerin des im Teileigentumsgrundbuch als „Büro mit Kellergeschoßräumen“ beschriebenen Teileigentums Nr. 2.

In der zugrundeliegenden Teilungserklärung ist dieses Teileigentum folgendermaßen beschrieben:

Miteigentumsanteil zu 79,2/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Erdgeschoß gelegenen Büroräumen sowie den im Kellergeschoß gelegenen Räumen, im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichnet.

Mit notarieller Urkunde teilte und änderte die Beteiligte ihr Teileigentum dahin, daß „folgende Wohnungs- und Teileigentumsrechte“ — Nr. 2 und Nr. 62 — gebildet werden:

a) 54, 87/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Änderungs-Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Räumen im Erdgeschoß und dem im ursprünglichen Aufteilungsplan ebenfalls mit Nr. 2 bezeichneten Räumen im Kellergeschoß.

b) 24,33/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Änderungs-Aufteilungsplan mit Nr. 62 bezeichneten Räumen im Erdgeschoß.

Der in Bezug genommene und der Urkunde beigeheftete Änderungs-Aufteilungsplan sieht — abweichend vom ursprünglichen Plan — als Zugang zu der neuen Einheit Nr. 62 eine Türe durch eine zum Gemeinschaftseigentum gehörende Wand vor. Dieser Zugang ist bereits fertiggestellt. Außerdem ist im neuen Aufteilungsplan bei der Einheit Nr. 62 angegeben: „Zimmer/Wohnen/Küche/Bad“.

Die Beteiligte hat unter Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung die Eintragung der Änderung in das Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Zwischenverfügung beanstandet:

Es fehle die Zustimmung der übrigen Raumeigentümer. Diese sei erforderlich, weil

a) der geänderte Aufteilungsplan einen neuen Zugang für die Einheit Nr. 62 vorsehe und

b) Teileigentum in Wohnungseigentum umgewandelt werden solle.

Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. ...

2. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist gerechtfertigt. Die beantragte Eintragung darf nur vorgenommen werden, wenn alle übrigen Raumeigentümer sie bewilligen (§ 19 GBO).

a) Diese Bewilligung ist hier allerdings — das ist der Rechtsbeschwerde zuzugeben — nicht deshalb erforderlich, weil das Sondereigentum geteilt werden soll.

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß die bloße Aufteilung eines Wohnungs- oder Teileigentums durch den Inhaber — vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung entsprechend § 12 WEG in der Gemeinschaftsordnung — nicht der Zustimmung der anderen Wohnungs-(Teil-)Eigentümer bedarf (BGHZ 49, 250/251 ff.; 73, 150/152 ff. [= MittBayNot 1979, 66]; BayObLGZ 1977, 1/3 f. [= MittBayNot 1977, 61]; 1983, 79/82 [= MittBayNot 1983, 124 = DNotZ 1984, 104]; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 27; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl. § 8 Rdnrn. 41 ff., 46 jeweils m.w.Nachw.).

Das Landgericht ist der Meinung, die Teilung ohne Zustimmung aller Wohnungseigentümer sei nur möglich, wenn eine „Untergemeinschaft“ gebildet werden solle; die Grundsätze der genannten Rechtsprechung könnten dagegen nicht angewendet werden, wenn wie hier, ein neuer unabhängiger Miteigentumsanteil entstehen solle. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Teilung eines Wohnungseigentums (Teileigentums) hat immer zur Folge, daß ein selbständiger Miteigentumsanteil zusätzlich entsteht.

b) Die Zwischenverfügung ist jedoch gerechtfertigt, weil mit der Eintragung Teileigentum in Wohnungseigentum umgewandelt werden soll.

Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum bedarf, wenn es sich hierbei um eine materielle Änderung der Zweckbestimmung handelt, der Zustimmung der übrigen Raumeigentümer (BayObLGZ 1983, 79/84 [= MittBayNot 1983, 124 = DNotZ 1984, 104]). Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine materielle Änderung der Zweckbestimmung; denn die Räume der neuen Einheit Nr. 62 sind in der Teilungserklärung als Büroräume bezeichnet. In der weiteren Teilungserklärung heißt es dagegen, daß „folgende Wohnungs- und Teileigentumsrechte“ gebildet werden sollen und im neuen Aufteilungsplan sind die Räume der Einheit Nr. 62 mit „Zimmer/Wohnen/Küche/Bad“ angegeben.

Die Rechtsbeschwerde meint, die Grundsätze dieser Rechtsprechung hätten hier nicht zu gelten, weil Büroraum in Wohnraum umgewandelt werden solle und durch diese Änderung eine weniger störende Nutzung (als Wohnung statt als Büro) erreicht werden solle.

Damit kann die Rechtsbeschwerde schon deshalb nicht durchdringen, weil nicht gesagt werden kann, daß es weniger stört, wenn Räume zu Wohnzwecken verwendet werden, als dann, wenn sie als Büro genutzt werden. Außerhalb der Bürozeiten z. B. wird ein Büro meist weniger stören. Im übrigen kann sich die vorgesehene Änderung der Zweckbestimmung auch anderweitig — etwa auf die Vermietbarkeit von Wohnraum — nachteilig auswirken.

Auf die Frage, ob die Eintragung der Änderung einer in der Teilungserklärung festgelegten Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter nicht auf jeden Fall der Bewilligung (§ 19 GBO) der Miteigentümer bedarf, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen werden soll (vgl. § 10 Abs. 2 WEG), braucht bei dieser Sachlage nicht weiter eingegangen zu werden.

c) Da aus den zu b) genannten Gründen die Eintragung nicht ohne Bewilligung der Miteigentümer erfolgen darf, kann hier unentschieden bleiben, ob diese Bewilligung (außerdem auch) deswegen erforderlich ist, weil der in der Urkunde in Bezug genommene Aufteilungsplan von dem ursprünglichen Aufteilungsplan darin abweicht, daß in die Wand, die das Sondereigentum vom gemeinschaftlichen Treppenhaus trennt, eine Tür eingezeichnet ist. Ohne diese Tür hätte die neu zu schaffende Einheit Nr. 62 keinen unmittelbaren Zugang vom gemeinschaftlichen Eigentum.

13. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1; BGB § 158 Abs. 1, § 161 Abs. 1, §§ 876, 877; GBO §§ 19, 29 (*Begründung von Sondernutzungsrechten ohne Zustimmung dinglich Berechtigter*)

**1. Sind die Wohnungseigentümer durch die mit der Teilungserklärung verbundene Gemeinschaftsordnung vom Mitgebrauch eines Pkw-Stellplatzes unter der aufschiebenden Bedingung ausgeschlossen, daß ein Dritter das Recht zur ausschließlichen Nutzung des Stellplatzes einem bestimmten Wohnungseigentum zuordnet und die Erklärung hierüber dem Verwalter zugeht, so ist für die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch die Eintragungsbewilligung der Inhaber beschränkt dinglicher Rechte nicht erforderlich, wenn dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung nachgewiesen ist.**

**2. In einem solchen Fall ist die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Wohnungsgrundbuch des begünstigten Wohnungseigentums zur „Verdinglichung“ erforderlich und ausreichend. Die Eintragung auch in den Wohnungsgrundbüchern der nicht begünstigten Wohnungseigentumseinheiten ist zulässig und empfehlenswert.**

BayObLG, Beschluß vom 8.11.1985 — BReg. 2 Z 119-122/84 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG und Notar *Jürgen Krause*, Rosenheim

Aus dem Tatbestand:

Im vorliegenden Fall geht es um die Einräumung/Zuweisung von Sondernutzungsrechten an Kraftfahrzeugstellplätzen durch In der Teilungserklärung vorbehaltene spätere Erklärungen.

1. Die Beteiligten zu 1 teilte ihr unbelastetes Grundstück zu notarieller Urkunde vom 21.2.1978 nach § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentumsanteilen auf. In der Gemeinschaftsordnung (Teil II § 4 der Teilungserklärung) ist bestimmt:

Umfang der Nutzung

(1) Der Wohnungseigentümer hat das Recht der alleinigen Nutzung seiner Wohnung und der Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Räume, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes sowie der gemeinschaftlichen Grundstücksflächen.

(2) Auf dem Grundstück befinden sich fünf Pkw-Stellplätze, die im Aufteilungsplan mit „1 St., 2 St., 3 St., 4 St. und 5 St.“ gekennzeichnet sind. Bei Beurkundung der Verträge über die erstmalige rechtsgeschäftliche Veräußerung der Eigentumswohnungen wird jeweils vereinbart, ob und gegebenenfalls welcher Abstellplatz dem betreffenden Erwerber und künftigen Wohnungseigentümer zur alleinigen unentgeltlichen Nutzung zusteht. Die derzeitige Eigentümerin kann eine solche Bestimmung auch ohne Veräußerung durch notariell beglaubigte Erklärung treffen, die gegenüber dem jeweiligen Verwalter der Wohnungseigentumsanlage abzugeben ist. Eine beglaubigte Abschrift der Erklärung ist zu den Grundakten des Grundbuchamts zu geben.

Die Sondernutzungsrechte sind bereits jetzt unter der aufschiebenden Bedingung bestellt, daß der jeweils allein berechnigte Wohnungseigentümer in vorstehender Form bestimmt wird. Die anderen Wohnungseigentümer sind von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen und haben die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden.

In Teil III § 17 derselben Urkunde heißt es:

#### § 17

Eintragungsbewilligung und -antrag  
Grundstückseigentümer  
bewilligt und beantragt  
in das Grundbuch einzutragen:

- a) die Teilung des Grundstücks gem. § 1 dieser Teilungserklärung nach Maßgabe der Anlage II;
- b) die Bestimmungen gem. §§ 2-16 der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums; insbesondere die Sondernutzungsrechte als Gebrauchsregelung gem. § 4 Abs. 2 der Teilungserklärung.

In den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern ist auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen; außerdem ist jeweils vermerkt: „Sondernutzungsrechte sind bestellt.“

2. Die Beteiligte zu 1 veräußerte in der Folgezeit alle Wohnungen und Teileigentumseinheiten. In den mit den Ersterwerbern geschlossenen Kaufverträgen ist jeweils bestimmt, daß der Käufer Kenntnis vom Inhalt der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung hat und die in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen, auch soweit sie nur schuldrechtlicher Natur sind, mit den sich darauf für sein Objekt ergebenden Beschränkungen als für sich rechtsverbindlich anerkennt. In den von den Ersterwerbern mit späteren Erwerbern geschlossenen Kaufverträgen sind inhaltlich gleiche Vereinbarungen enthalten.

3. Die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten wurden von den Erwerbern mit Grundpfandrechten belastet.

4. Die Beteiligte zu 1 schloß in der Folgezeit mit den Beteiligten zu 2, 3, 4 und 5 jeweils gesondert notariell beurkundete Verträge, durch die sie ihnen (gegen Zahlung eines Entgelts) von den im Aufteilungsplan bezeichneten Pkw-Abstellplätzen je einen bestimmten Platz zuwies. Es heißt dort:

Aufgrund der in § 4 der Gemeinschaftsordnung zu vorbezeichneter Urkunde erteilten Ermächtigung bestimmt die ... (Beteiligte zu 1), daß das Sondernutzungsrecht an dem im Aufteilungsplan mit ... (jeweilige Nummer) St. gekennzeichneten Pkw-Stellplatz dem jeweiligen Eigentümer der Wohnungseigentumseinheit Nr. ... (jeweilige Nummer) laut Aufteilungsplan zusteht.

Soweit erforderlich wird die Eintragung dieser Zuweisung der Sondernutzungsrechte in den Wohnungsgrundbüchern bewilligt und beantragt.

5. Die Anträge auf Vollzug der notariellen Urkunden hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung beanstandet: Zur Bestellung der Sondernutzungsrechte sei noch die Zustimmung der in Abteilung II und III eingetragenen dinglich Berechtigten erforderlich, soweit nicht ihre Rechte auf dem gesamten Wohnungs- und Teileigentum einheitlich lasteten. Außerdem fehle der Nachweis, daß die Erklärung über die Zuweisung der Stellplätze, wie in der Teilungserklärung vorgeschrieben, gegenüber dem Verwalter abgegeben worden sei.

Die Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluß vom 3.9.1984 zurückgewiesen. Dagegen haben die Beteiligten zu 1 bis 5 weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde führt zur Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Sondernutzungsrechte seien nicht schon durch die Gemeinschaftsordnung vom 21.2.1978 begründet worden. Sondernutzungsrechte könnten nicht ohne Bindung an ein bestimmtes Wohnungseigentum unter der aufschiebenden Bedingung der späteren Zuweisung begründet werden. Es sei also nur möglich gewesen, die Sondernutzungsrechte durch eine nachträgliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer zu begründen. Dies sei hier dadurch geschehen, daß die Beteiligte zu 1 in Vollmacht der Wohnungseigentümer die Erklärungen über die Zuweisung der Stellplätze abgegeben habe. Da aber durch die Begründung der Sondernutzungsrechte der Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungseigentümer verändert werde, sei zu dieser Vereinbarung auch die Zustimmung (§§ 877, 876 BGB) der dinglich Berechtigten erforderlich.

2. Dem Landgericht ist im Ergebnis insoweit beizutreten, als es grundsätzlich die beantragte Eintragung der Sondernutzungsrechte von der Mitwirkung der dinglich Berechtigten abhängig macht. Es sind ihre Eintragungsbewilligungen gemäß § 19 GBO erforderlich. Dieses Erfordernis entfällt aber, wenn dem Grundbuchamt der Nachweis über den Eintritt der Bedingung vorgelegt wird, von dem an die Wohnungseigentümer gemäß § 4 Abs. 2 letzter Satz der Gemeinschaftsordnung von ihrem Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen sind.

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß der rechtsgeschäftliche Tatbestand, der zur Entstehung des jeweiligen Sondernutzungsrechts führt, nicht in der Gemeinschaftsordnung vom 21.2.1978 vollständig enthalten ist. Das Sondernutzungsrecht entsteht in seiner vollen Gestalt erst auf Grund der Bestimmung, wem die ausschließliche Befugnis zum Gebrauch der Sache zustehen soll. Das Sondernutzungsrecht hat zwei Komponenten, es ist eine dogmatische Zweifelhait (BGHZ 73, 145/149 [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168]; BayObLGZ 1985, 124/127 = MittBayNot 1985, 74 mit zust. Anm. Schmidt): Dem Eigentümer einer bestimmten Wohnung wird (positiv) die Befugnis zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums eingeräumt, alle übrigen Wohnungseigentümer werden (negativ) von der ihnen kraft Gesetzes (§ 13 Abs. 2 Satz 1 WEG) an sich zustehenden Befugnis zum Mitgebrauch ausgeschlossen. Zur positiven Komponente gehört notwendig die Bestimmung, wem die Gebrauchsbefugnis zustehen soll. Diese Bestimmung ist in § 4 der Gemeinschaftsordnung noch nicht enthalten. Die spätere Erklärung, wem das alleinige Nutzungsrecht an dem betreffenden Pkw-Stellplatz zustehen soll, ist deshalb nicht bloß Bedingung i. S. des § 158 BGB, sondern eine für das Sondernutzungsrecht inhaltsbestimmende rechtsgeschäftliche Erklärung. Diese rechtliche Qualität hat die Erklärung nicht nur, wenn sie Teil einer Vereinbarung zur Begründung des Wohnungseigentums ist (dies hat das Landgericht im vorliegenden Fall angenommen), sondern ebenso, wenn man es für möglich ansieht (was hier dahinstehen kann), die „Zuweisung“ des Stellplatzes durch eine einseitige Erklärung in Ergänzung der schon früher abgeschlossenen Vereinbarung vorzunehmen (vgl. *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 10 Rdnr. 14 d, § 15 Rdnr. 2; JZ 1984, 1116; *Schmidt* DNotZ 1984, 698 ff.). Die im Schrifttum vertretene Auffassung, es handle sich in Fällen wie dem vorliegenden um (lediglich) aufschiebend bedingte Sondernutzungsrechte (MünchKomm BGB § 10 WEG Rdnr. 10, *Schmidt* aaO und MittBayNot 1985, 78), berücksichtigt die weitergehende, inhaltsbestimmende Funktion der Erklärung nicht.

Der Senat erachtet es jedoch für möglich, im vorliegenden Fall entscheidend darauf abzustellen, daß der Ausschluß aller nicht begünstigten Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des betreffenden Stellplatzes („negative Komponente“) bereits in der Gemeinschaftsordnung vom 21.2.1978 seinem ganzen Inhalt nach begründet ist; die vorbehaltene Zuweisungserklärung hat insofern (nur) die Bedeutung einer aufschiebenden Bedingung. Mit dem Eintritt der Bedingung wird der Ausschluß der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch wirksam (§ 158 Abs. 1 BGB). Ab diesem Zeitpunkt wird ihre Rechtsstellung durch die beantragte Eintragung des Sondernutzungsrechts nicht mehr nachteilig berührt. Auch in die Rechtsstellung der dinglich Berechtigten — damit sind hier und im folgenden diejenigen Personen gemeint, die nach dem Erlaß der Gemeinschaftsordnung und ihrer Eintragung im Grundbuch beschränkte dingliche Rechte

an einzelnen Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten erworben haben — wird nach Bedingungseintritt nicht eingegriffen; sie sind ab diesem Zeitpunkt von der Eintragung nicht mehr betroffen i. S. des § 19 GBO.

a) Für die Entscheidung kann von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden, die in Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeitet worden sind:

(1) Die Einräumung eines Sondernutzungsrechts ist eine Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG, also eine Vereinbarung i. S. des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG. Eine Regelung in der von dem teilenden Alleineigentümer gemäß § 8 WEG aufgestellten Gemeinschaftsordnung steht der Vereinbarung gleich (§ 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 WEG). Die Regelung wird, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird (§ 10 Abs. 2 WEG), gemäß § 5 Abs. 4 WEG zum „Inhalt des Sondereigentums“ — aller — Wohnungseigentümer und wirkt gemäß § 10 Abs. 2 WEG auch gegen Sondernachfolger der Wohnungseigentümer; in diesem Sinn wird von „Verdinglichung“ der Vereinbarung gesprochen.

Durch die Vereinbarung wird einem Wohnungseigentümer das Recht zur alleinigen Nutzung des betreffenden Teils des gemeinschaftlichen Eigentums eingeräumt, alle übrigen Wohnungseigentümer werden von dem ihnen nach § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG zustehenden Recht zum Mitgebrauch ausgeschlossen. Der Inhalt ihres Sondereigentums wird dadurch nachteilig verändert, sie sind i. S. des § 19 GBO betroffen. Ist das Wohnungseigentum der zuletzt genannten Wohnungseigentümer mit dem Recht eines Dritten belastet, so wird auch seine Position — rechtlich — nachteilig berührt. In Anwendung der §§ 877, 876 BGB ist materiell-rechtlich seine Zustimmung zu der Änderung erforderlich, eine Eintragung kann nicht ohne seine Bewilligung nach § 19 GBO erfolgen (BGHZ 91, 343/346 [= MittBayNot 1984, 129 = DNotZ 1984, 695]; BayObLGZ 1984, 257/261 [= MittBayNot 1985, 30]).

(2) Anderes gilt, soweit Wohnungseigentümer bereits durch eine Vereinbarung, die im Grundbuch eingetragen ist, vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind. Diese Wohnungseigentümer müssen an einer Vereinbarung, durch die einem Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht, d. h. die alleinige Gebrauchsbefugnis zugewiesen wird, nicht mehr mitwirken; denn der Inhalt ihres Sondereigentums wird durch diese neue Vereinbarung nicht (mehr) berührt. Das hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen für die Übertragung eines Sondernutzungsrechts von einem Wohnungseigentümer auf einen anderen (BGHZ 73, 145/149 [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168]). Der Senat hat dies für den Fall fortentwickelt, daß eine Vereinbarung zunächst nur einen Teil der Wohnungseigentümer vom Recht zum Mitgebrauch ausschließt; das Sondernutzungsrecht zugunsten eines Wohnungseigentümers wird dann durch Vereinbarung der nicht bereits vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümer bestellt (BayObLGZ 1985, 124/130 [= MittBayNot 1985, 74]). Für beide Fallgestaltungen ist maßgeblich, daß die neuerliche Veränderung den Inhalt des Sondereigentums der bereits vorher vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümer nicht mehr berührt. Infolgedessen ist auch ihre Bewilligung zur Eintragung der Veränderung nicht gemäß § 19 GBO erforderlich.

Für die Inhaber von beschränkten dinglichen Rechten an dem nicht mehr nachteilig berührten Wohnungseigentum gilt das gleiche. Sind die Wohnungseigentümer bereits vom Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen, so bewirkt, wie eben

gesagt, die positive Einräumung des Sondernutzungsrechts keine Änderung des Inhalts ihres Sondereigentums. Damit sind die §§ 877, 876 BGB nicht anwendbar. Die dinglich Berechtigten werden durch die Eintragung des Sondernutzungsrechts nicht i. S. des § 19 GBO betroffen.

b) Im vorliegenden Fall sind die Wohnungseigentümer durch die Gemeinschaftsordnung vom 21.2.1978 vom Mitgebrauch des betreffenden Stellplatzes ausgeschlossen, und zwar unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB). Das Ereignis, von dessen Eintritt ab der Ausschluß wirksam sein soll, ist der Zugang einer notariell beglaubigten Erklärung der Beteiligten zu 1 an den Verwalter der Wohnungseigentumsanlage, daß sie den betreffenden Stellplatz einem Wohnungseigentümer zuweist.

Das ergibt sich aus § 4 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung. Das Rechtsbeschwerdegericht kann diese Bestimmung selbst auslegen, weil sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung Inhalt des Grundbuchs geworden ist (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3 WEG; BayObLGZ 1985, 124/128 [= MittBayNot 1985, 74]). Die Bestimmung enthält im letzten Satz einen ausdrücklichen Ausschluß der Wohnungseigentümer von der Nutzung des betreffenden Stellplatzes. Das ist dahin aufzufassen, daß für diesen Ausschluß die im Satz zuvor genannte aufschiebende Bedingung, nämlich die Zuweisung des Stellplatzes an einen bestimmten Wohnungseigentümer, ebenfalls gilt. Erst ab Eintritt dieses Ereignisses soll der Ausschluß wirksam sein. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, daß sich die Wohnungseigentümer nicht sämtlich ihrer aus dem Eigentum fließenden Befugnis zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums für die Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung begeben können (vgl. BayObLGZ 1985, 124/129 [= MittBayNot 1985, 74]).

Bezogen auf den Ausschluß der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauchsrecht stellt sich die Regelung des § 4 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung als eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) dar. Es wurde eingangs ausgeführt, die Erklärung über die Zuweisung des Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer sei, soweit es um die Begründung von dessen (positiver) Befugnis geht, eine inhaltsbestimmende rechtsgeschäftliche Erklärung. Damit steht nicht in Widerspruch, ihr den Charakter einer Bedingung beizumessen, soweit es um den — für die vorliegende Entscheidung maßgeblichen — (negativen) Ausschluß der übrigen Wohnungseigentümer geht.

Gegen die Zulässigkeit dieser aufschiebenden Bedingung bestehen keine Bedenken. Grundsätzlich kann jedes Rechtsgeschäft mit einer Bedingung versehen werden (§ 158 Abs. 1 BGB). Dies gilt auch für die hier vorliegende Vereinbarung über den Ausschluß von Miteigentümern vom Mitgebrauch nach § 15 Abs. 1 WEG. Der Ausnahmefall eines sog. bedingungsfeindlichen Geschäfts ist hier nicht gegeben. Insbesondere steht der Zulässigkeit nicht entgegen, daß es sich um eine im Grundbuch eingetragene Vereinbarung handelt. Die Bedingung kann auch ein Ereignis sein, das vom Willen eines Dritten abhängt (vgl. *Staudinger* BGB 12. Aufl., Rdnrn. 6, 18, MünchKomm BGB Rdnrn. 21 ff., je zu § 158); auch die Abgabe einer Erklärung und, wie hier, ihr Zugang bei einer bestimmten Person können zur Bedingung gemacht werden.

Die Regelung bewirkt, daß die Wohnungseigentümer ab Eintritt der Bedingung vom Mitgebrauch des betreffenden Stellplatzes ausgeschlossen sind (§ 158 Abs. 1 BGB). Das hat

nach den oben a) dargelegten Grundsätzen zur Folge, daß ihr Sondereigentum durch die Begründung des Sondernutzungsrechts zugunsten des Begünstigten nicht mehr (zusätzlich) verändert wird.

c) Die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten der durch die Begründung der Sondernutzungsrechte nicht begünstigten Wohnungseigentümer sind — nach dem Erlass der Gemeinschaftsordnung und ihrer Eintragung im Grundbuch — mit dinglichen Rechten belastet worden. Ebenso wie die nicht begünstigten Wohnungseigentümer selbst im Inhalt ihres Sondereigentums ab Bedingungseintritt nicht mehr berührt werden, ebenso können ab diesem Zeitpunkt auch die dinglich Berechtigten ihre Rechtsposition nicht dem Ausschluß der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch entgegensetzen. Auch sie sind ab Bedingungseintritt von der beantragten Eintragung des Sondernutzungsrechts nicht (mehr) betroffen i. S. des § 19 GBO.

Wie oben a) dargelegt wurde, bedarf es gemäß §§ 877, 876 BGB zur Begründung eines Sondernutzungsrechts der Zustimmung der dinglich Berechtigten, was im Grundbuchverfahren die Anwendbarkeit des § 19 GBO zur Folge hat. Die Mitwirkung der dinglich Berechtigten nach §§ 877, 876 BGB ist aber nicht mehr erforderlich, sobald die Bedingung eingetreten ist, die den Ausschluß der betreffenden Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch herbeiführt. Das ergibt sich aus § 161 Abs. 1 BGB, der hier zumindest sinngemäß anwendbar ist. Die Vereinbarung (hier: die Gemeinschaftsordnung, § 8 Abs. 2 WEG), durch die ein Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen wird, verändert, wie bereits dargelegt, den Inhalt seines Sondereigentums (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG); sie ist also unter diesem Blickwinkel eine Verfügung. Diese Vereinbarung liegt im vorliegenden Fall zeitlich vor der Belastung des betreffenden Wohnungseigentums mit beschränkten dinglichen Rechten. Die in der Schwebezeit getroffene Verfügung (Belastung des Wohnungseigentums zugunsten der dinglich Berechtigten) ist im Falle des Bedingungseintritts insoweit unwirksam, als sie die Wirkung der ersten Verfügung — das ist der Ausschluß des Wohnungseigentümers vom Mitgebrauch — vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Wirkungen, die der Ausschluß der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch hat, werden ab diesem Zeitpunkt so betrachtet, als ob die Belastung mit den beschränkten dinglichen Rechten nicht erfolgt wäre. Nach dem Grundgedanken des § 161 Abs. 1 BGB muß der dinglich Berechtigte, der seine Rechte durch eine Verfügung des Eigentümers während der Schwebezeit erworben hat, eine andere, schon vorher vom Eigentümer getroffene Verfügung (hier: die Vereinbarung über den Ausschluß vom Mitgebrauch) so gegen sich gelten lassen, wie sie gegen den Eigentümer selbst wirkt.

d) Das Grundbuchamt hat aus den oben a) (1) dargelegten Gründen von dem Grundsatz auszugehen, daß die Eintragung eines Sondernutzungsrechts zugunsten eines Wohnungseigentümers die Bewilligung (§ 19 GBO) aller übrigen Wohnungseigentümer und der an ihrem Wohnungseigentum dinglich Berechtigten voraussetzt. Dieses Erfordernis gilt nach den Darlegungen zu b) und c) nicht, wenn die Wohnungseigentümer durch eine im Grundbuch bereits eingetragene Vereinbarung unter einer aufschiebenden Bedingung vom Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen sind und die Bedingung eingetreten ist. Das Grundbuchamt darf dies seiner Sachbehandlung zugrunde legen, wenn ihm der Bedingungseintritt in der von § 29 GBO geforderten Form nachgewiesen ist.

Der Senat hält es dagegen nicht für gerechtfertigt, schon vor Eintritt der Bedingung, allein auf Grund der Regelung in der Gemeinschaftsordnung, auf das Erfordernis der Bewilligung nach § 19 GBO zu verzichten. Im Schrifttum werden Lösungen vertreten, die in dieser Richtung verstanden werden könnten. Wie eingangs erwähnt, nehmen *Weitnauer* und *Schmidt* (je aaO) an, die Wohnungseigentümer könnten einem Dritten die Befugnis einräumen, das Sondernutzungsrecht durch die Bezeichnung des begünstigten Wohnungseigentümers zu „konkretisieren“; *Weitnauer* zieht dafür § 317 BGB in entsprechender Anwendung heran. Sie verbinden damit den Gedanken, daß der „Ausschluß der Flächen von der allgemeinen Gemeinschaftsnutzung“ (*Schmidt* aaO) bereits eingetragener Inhalt des Sondereigentums sei und die „Zuordnung auf der Gemeinschaftsordnung selbst“ (*Weitnauer* aaO) beruhe. *Ertl* (DNotZ 1979, 275) nimmt an, die in der Gemeinschaftsordnung einer Person erteilte Vollmacht, namens der Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte zu begründen, wirke mit ihrer Eintragung als Inhalt des Sondereigentums. Auch wenn man diesen Meinungen folgt, was offen bleiben kann, ist doch nach Ansicht des Senats letztlich maßgebend, daß die Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch der Pkw-Stellplätze berechtigt sind, solange die in der vorliegenden Gemeinschaftsordnung enthaltene aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist. Solange die Wohnungseigentümer (noch) zum Mitgebrauch berechtigt sind, sind sie und die an ihrem Wohnungseigentum dinglich Berechtigten als Betroffene i. S. des § 19 GBO anzusehen, wenn ein Sondernutzungsrecht zugunsten eines bestimmten Wohnungseigentümers eingetragen werden soll. — Auch die ebenfalls schon genannte Auffassung, die in Fällen wie dem vorliegenden aufschiebend bedingte Sondernutzungsrechte annimmt (MünchKomm BGB § 10 WEG Rdnr. 14, *Schmidt* DNotZ 1984, 698/699 und MittBayNot 1985, 78) kann nicht die Grundlage abgeben, das Betroffensein der nicht begünstigten Wohnungseigentümer bereits vor Bedingungseintritt zu verneinen.

Der praktische Unterschied dürfte im übrigen sehr gering sein; es wird im einzelnen darauf ankommen, wie die Bedingung, die das Mitgebrauchsrecht der Wohnungseigentümer zum Ausschluß bringen soll, formuliert ist. Auch nach der Ansicht der genannten Autoren soll das Mitgebrauchsrecht aller Wohnungseigentümer wohl erst enden, wenn das Alleingebrauchsrecht des Sondernutzungsberechtigten beginnt. Nach Auffassung des Senats kommt es für die Eintragung des Sondernutzungsrechts ohne Bewilligung der dinglich Berechtigten darauf an, daß dem Grundbuchamt der Eintritt dieses Ereignisses nachgewiesen ist.

e) Nach alledem haben die in der landgerichtlichen Entscheidung bestätigten Zwischenverfügungen mit Recht ausgesprochen, daß der beantragten Eintragung der Sondernutzungsrechte das Hindernis der fehlenden Zustimmung (Bewilligung nach § 19 GBO) der dinglich Berechtigten entgegenstehe. In den angefochtenen Zwischenverfügungen fehlt aber der Hinweis, daß das Hindernis entweder durch Beibringung der Eintragungsbewilligungen oder aber durch den in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO zu führenden Nachweis beseitigt werden kann, daß die in § 4 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Erklärungen der Beteiligten zu 1 über die Zuordnung der Stellplätze an die jeweils bestimmt bezeichneten Wohnungseigentumseinheiten dem Verwalter zugegangen sind. Die Zwischenverfügung muß alle Möglichkeiten aufzeigen, durch die das Hindernis beseitigt werden kann (BayObLGZ 1970, 163/165; *Horber*

GBO 16. Aufl. § 18 Anm. 5 b). Die Ergänzung kann durch das Rechtsmittelgericht ausgesprochen werden. Nicht zutreffend ist es dagegen gewesen, in dem Fehlen des Nachweises der oben genannten Erklärung ein weiteres, zusätzliches Eintragungshindernis zu erblicken; insoweit sind die Zwischenverfügungen aufzuheben.

3. Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

Die Vereinbarung über die Einräumung von Sondernutzungsrechten ist grundsätzlich in den Wohnungsgrundbüchern aller Wohnungseigentumseinheiten einzutragen (*Ertl/Rpfliger* 1979, 81/82 Abschnitt III 3 a). Ist dagegen ein Wohnungseigentümer durch eine bereits eingetragene Vereinbarung vom Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen, so ist die Eintragung im Wohnungsgrundbuch seines Wohnungseigentums nicht erforderlich; das ist daraus herzuleiten, daß der Inhalt des Sondereigentums dieses Wohnungseigentümers, wie oben 2 a (2) dargelegt wurde, durch die Begründung des Sondernutzungsrechts nicht mehr verändert wird (BGHZ 73, 145/149 [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168]; Bay-ObLGZ 1985, 124/132 [= MittBayNot 1985, 74]).

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, daß die Sondernutzungsrechte, die den Beteiligten zu 2, 3, 4, 5 eingeräumt werden sollen, in den Wohnungsgrundbüchern der diesen Beteiligten gehörenden Wohnungseigentumseinheiten eingetragen werden müssen, damit die Wirkungen nach § 10 Abs. 2, § 5 Abs. 4 WEG eintreten.

Die Eintragung auch in den übrigen Wohnungsgrundbüchern ist nach Eintritt der Bedingung, durch die der Ausschluß der übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauchsrecht wirksam wird, nicht erforderlich. Der Senat sieht es aber als zulässig an, die Entstehung des Sondernutzungsrechts zugunsten des nunmehr bestimmt bezeichneten Wohnungseigentümers auch in den Wohnungsgrundbüchern der vom Gebrauch Ausgeschlossenen einzutragen; insoweit darin zum Ausdruck kommt, daß die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene aufschiebende Bedingung für den Ausschluß vom Mitgebrauch eingetreten ist, kann diese neuerliche Eintragung wie eine Grundbuchberichtigung angesehen werden. Sie erscheint im Interesse der Klarheit der Grundbuchverhältnisse empfehlenswert.

Es wird Sache der Beteiligten sein klarzustellen, in welchen Wohnungsgrundbüchern sie die Eintragung beantragen (§ 13 GBO). Ein Antrag auf Eintragung in den Wohnungsgrundbüchern, „soweit erforderlich“, ist unzulässig (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* GBO 3. Aufl. § 13 Rdnr. 27). In dem Formular, mit dem der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Urkunden über die Zuweisung der Sondernutzungsrechte zum Vollzug vorgelegt hat, ist jeweils das Wohnungsgrundbuchblatt der begünstigten Wohnungseigentumseinheit angegeben. Das Grundbuchamt hat die Zwischenverfügungen in den Grundakten dieser Wohnungsgrundbücher erlassen.

14. WEG §§ 30, 1 Abs. 4 (*Bildung von Wohnungseigentum bei Gesamterbbaurecht*)

**An einem Gesamterbbaurecht kann Wohnungseigentum begründet werden.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Wiesbaden, Beschluß vom 16.12.1985 — 4 T 623/85 — mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar *Dr. H. Beeg*, Frankfurt

*Aus dem Tatbestand:*

Der Antragsteller ist Inhaber des auf mehreren Grundstücken lastenden Gesamterbbaurechtes. Mit Teilungserklärung vom 12.9.1983 hat der Antragsteller das Gesamterbbaurecht in Wohnungserbbaurechte aufgeteilt und gegenüber dem Grundbuchamt die Vollziehung der Teilung beantragt.

Mit Zwischenverfügung hat der Rechtspfleger beim Amtsgericht die Begründung von Wohnungserbbaurecht davon abhängig gemacht, daß zunächst die beiden Grundstücke vereinigt werden oder das Erbbaurecht auf ein Grundstück beschränkt wird.

Nach erfolgloser Erinnerung führte die Beschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

*Aus den Gründen:*

Die zur Entscheidung stehende Frage ist, soweit für die Kammer ersichtlich, bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Ob an einem Gesamterbbaurecht Wohnungserbbaurecht begründet werden kann, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

*Weitnauer* (Wohnungseigentumsgesetz, 6. Auflage, § 30 Rdnr. 12 a) vertritt die Ansicht, ein Gesamterbbaurecht könne nicht Grundlage von Wohnungserbbaurecht sein, da gemäß § 1 Abs. 4 WEG Wohnungseigentum nicht in der Weise begründet werden kann, daß das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird. Die Kammer schließt sich der von *Röll* (MünchKomm § 30 WEG, Rdnr. 3) vertretenen Gegenmeinung an, daß § 1 Abs. 4 WEG bei der Teilung eines Gesamterbbaurechtes in Wohnungserbbaurechte keine Anwendung findet. Die von *Weitnauer* vertretene Auffassung verkennt insoweit, daß das Wohnungserbbaurecht gerade nicht an einem Grundstück, sondern an einem Erbbaurecht bestellt wird.

Kann aber ein Gesamterbbaurecht an mehreren Grundstücken gebildet werden (ausdrücklich bejahend BGH NJW 1976, 519), muß konsequenterweise auch die Teilung dieses einheitlichen Rechtes in einzelne Wohnungserbbaurechte zulässig sein.

15. BGB §§ 1375, 1378 (*Bewertungsfragen beim Zugewinnausgleich*)

**1. Zur Behandlung von Beteiligungen an Abschreibungsgesellschaften im Zugewinnausgleich.**

**2. Bewertung einer Eigentumswohnung im Zugewinnausgleich.**

BGH, Urteil vom 23.10.1985 — IV b ZR 62/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien waren verheiratet. Die Ehe ist auf die am 10. Januar 1977 zugestellte Klage des Ehemannes seit dem 30. Juni 1977 rechtskräftig geschieden. In dem hier zugrundeliegenden Verfahren streiten die Parteien um den Ausgleich des Zugewinns.

Die KlägerIn hat in erster Instanz zuletzt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1.518.780,76 DM nebst 4% Zinsen beantragt. Das Amtsgericht — Familiengericht — hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin den Anspruch auf Zugewinnausgleich in Höhe von 500.000 DM nebst Zinsen weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Familiengerichts geändert und den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 265.337,15 DM nebst 4% Zinsen seit dem 30. April 1977 verurteilt. Mit der — zugelassenen — Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung der Entscheidung des Familiengerichts. Er beanstandet, daß das Berufungsgericht bei der Feststellung seines Endvermögens negative Kapitalkonten aus der Beteiligung an vier Abschreibungsgesellschaften nicht berücksichtigt habe. Außerdem sei der Betrag, mit dem es eine ihm (damals) gehörende Eigentumswohnung bewertet habe, damals rezessionsbedingt am Markt nicht erzielbar gewesen; deshalb sei hier ein Rezessionsabschlag vorzunehmen. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

## Aus den Gründen:

### I. Abschreibungsgesellschaften

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Beklagte in der Ehezeit mit Einlagen von insgesamt 2.080.000 DM an Abschreibungsgesellschaften — an drei Partenreedereien und einer GmbH & Co KG als Kommanditist — beteiligt, bei denen zum Bewertungsstichtag (10. Januar 1977, § 1384 BGB) für ihn sogenannte negative Kapitalkonten in Höhe von insgesamt 483.099,20 DM bestanden. Die Klägerin hat hierzu vor dem Berufungsgericht erklären lassen, daß sie „den Posten Abschreibungsgesellschaften“ als Aktivvermögen des Beklagten nicht weiterverfolge, wenn dieser Posten „neutral gestellt“ werde. Das Berufungsgericht hat darauf diese Anteile bei der Ermittlung des Endvermögens des Beklagten (§ 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB) weder auf der Aktivseite noch bei den Verbindlichkeiten berücksichtigt. Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, daß sich das Endvermögen des Beklagten um die Beträge der negativen Kapitalkonten, zumindest aber um die im Falle einer Veräußerung der Gesellschaftsanteile anfallenden Steuern vermindere. Jedenfalls habe der Beklagte, wie sich bei der ab 1979 erfolgten Veräußerung seiner Gesellschaftsanteile ergeben habe, einen „Verlust aus Anlagebeteiligungen“ in Höhe von 198.516,41 DM erlitten.

2. Mit diesen Erwägungen kann die Revision nicht durchdringen.

a) Soweit das Vorbringen des Beklagten über seinen „Verlust aus Anlagebeteiligungen“ dahin zu verstehen sein sollte, daß er die aus seinen Beteiligungen an den Abschreibungsgesellschaften herrührenden Nachteile von seinem sonstigen Vermögen abgesetzt sehen möchte, könnte dem nicht gefolgt werden. Endvermögen ist gemäß § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vermögen — gemeint ist das Aktivvermögen (vgl. allgemein *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., § 17 I 3 S. 292 f.) — nach Abzug der Verbindlichkeiten. Offene Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit den Anlagebeteiligungen des Beklagten sind aber, wie sich im folgenden ergibt, nicht anzunehmen.

b) Die negativen Kapitalkonten, die für den Beklagten bei den Abschreibungsgesellschaften bestanden, sind als solche keine Verbindlichkeiten.

aa) Die von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage, ob die Klägerin Verbindlichkeiten in Höhe der negativen Kapitalkonten im Sinne des § 288 ZPO zugestanden hat, indem sie die negativen Kapitalkonten zeitweise ihrerseits als Passivposten in ihre Zugewinnausgleichsberechnung eingestellt hat, hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Dem gerichtlichen Geständnis nach § 288 ZPO zugänglich war nur der äußere Sachverhalt, daß am Stichtag negative Kapitalkonten in der bezeichneten Höhe bestanden haben. Die Bewertung dieses Sachverhalts ist der Geständniswirkung entzogen und Gegenstand der rechtlichen Beurteilung. Die von dem Berufungsgericht hilfsweise erwogene Frage, ob ein durch Rechtsirrtum beeinflusstes Geständnis nach § 290 ZPO widerrufbar ist, stellt sich daher nicht.

bb) Das negative Kapitalkonto eines Mitgesellschafters besagt nicht, daß in derselben Höhe oder daß überhaupt Verbindlichkeiten des Kontoinhabers bestehen. Bei den sogenannten Abschreibungsgesellschaften ist es vor allem von steuerlichem Interesse. Typisch sind insoweit die Verhältnisse bei einer in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft betriebenen Abschreibungsgesellschaft, um die es sich bei

einer der hier interessierenden Gesellschaften handelt. In dem negativen Kapitalkonto eines Kommanditisten kommt eine gegenwärtige Verpflichtung weder gegenüber den Gläubigern der Kommanditgesellschaft noch gegenüber der Kommanditgesellschaft noch gegenüber den anderen Gesellschaftern zum Ausdruck (*Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 282 f.; s. auch *Schlegelberger/Gebler* HGB 4. Aufl. § 167 Rdnr. 3). Es spiegelt vielmehr nur das Geschäftsergebnis der Kommanditgesellschaft als ganzer wider. Die Regelung des § 167 Abs. 3 HGB, derzufolge der Kommanditist an einem Verlust der Kommanditgesellschaft nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner etwa noch rückständigen Einlage teilnimmt, wird von der herrschenden Lehre dahin verstanden, daß sie nur die Grenze bestimmt, bis zu der der Kommanditist Verluste zu tragen hat, jedoch die jährliche Gewinn- und Verlustverteilung zwischen den Gesellschaftern nicht berührt. Die Beschränkung der Haftung des Kommanditisten auf den Betrag seiner Einlage wirkt sich daher erst bei Beendigung der Gesellschaft oder Aufgabe des Kommanditanteils aus. Bis dahin kann das Kapitalkonto des Kommanditisten unbeschränkt mit den auf ihn entfallenden Verlusten der Kommanditgesellschaft belastet werden, auch wenn es dadurch negativ wird (*Bandasch/Feddersen* HGB 3. Aufl. § 167 Rdnr. 3; *Baumbach/Duden/Hopt* HGB 26. Aufl. § 167 Anm. 3; *Blümich/Falk* EStG § 15 Rdnr. 190; *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* HGB 3. Aufl. § 167 Anm. 4; *GroßkommHGB/Schilling* 3. Aufl. § 167 Anm. 14; *Heymann/Kötter* HGB 21. Aufl. § 167 Anm. 3; *Schlegelberger/Gebler* aaO Rdnr. 7; *Schmidt* EStG 3. Aufl. § 15 a Anm. 3). Diese handelsrechtliche Betrachtungsweise wird auch steuerrechtlich anerkannt. Demzufolge ist einem Kommanditisten ein Verlustanteil, der nach dem Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssel der Gesellschaft auf ihn entfällt, einkommensteuerrechtlich auch insoweit nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zuzurechnen, als er zu einem negativen Kapitalkonto führt (BFHE — GrS — 132, 244, 251 ff.; *Schmidt* aaO § 15 Anm. 71 und § 15 a Anm. 3). Hierauf fußen die Abschreibungs-Kommanditgesellschaften. Sie zielen darauf ab, durch Ausnutzung von Steuervergünstigungen (Sonderabschreibungen und Bewertungsfreiheiten) oder anderen Abzugsmöglichkeiten Verluste zu erwirtschaften, die sie den Kommanditisten zuteilen, welche diese Verluste mit ihren positiven Einkünften verrechnen und so ihr zu versteuerndes Einkommen verringern können; dabei können sich Steuerersparnisse ergeben, die die Kommanditeinlagen übersteigen, wobei sich dieser steuerliche Effekt noch durch einen hohen Fremdfinanzierung verstärken läßt (*Blümich/Falk* aaO Rdnr. 195; *Klein/Flockermann/Kühn* EStG 3. Aufl. § 15 a Rdnr. 1, 2; *Schmidt* aaO § 15 Anm. 8 b).

Nach diesem Modell wird auch bei den Partenreedereien verfahren, um welche es sich bei den weiteren Beteiligungen des Beklagten handelt. Die Partenreederei ist dadurch gekennzeichnet, daß die Beteiligten — außer gegenüber der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen, bei denen eine persönliche Haftung besteht (§§ 507 Abs. 1, 487 HGB) — gegenständlich begrenzt „mit Schiff und Fracht“ haften (§§ 507 Abs. 1, 486 HGB). Insofern ist die Schiffspart der nur zur Haftung bis zur Höhe der Einlage führenden Kommanditbeteiligung vergleichbar. Ebenso wie dort wird aber ungeachtet der Haftungsbegrenzung ein die Verluste der Gesellschaft aufnehmendes negatives Kapitalkonto handels- und steuerrechtlich anerkannt. Die Partenreederei ist so auch in dieser Hinsicht steuerrechtlich der Komman-

ditgesellschaft weitgehend gleichgestellt (vgl. — in anderem Zusammenhange — BFHE 131, 324, 328).

Die die steuerrechtliche Lage in bezug auf das negative Kapitalkonto bei Abschreibungsgesellschaften ändernde Regelung des § 15 a EStG — sie verbietet Kommanditisten und in vergleichbarer Weise beschränkt haftenden Mitunternehmern die Verrechnung des Verlustes mit anderen Einkünften, soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht — kann hier außer Betracht bleiben, da die Regelung zum Stichtag noch nicht galt. Das die Vorschrift einfügende Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes ist erst am 29. August 1980 in Kraft getreten (BGBl I S. 1545, 1555). Im übrigen ist § 15 a EStG erst auf Verluste anzuwenden, die in nach dem 31. Dezember 1979 beginnenden Wirtschaftsjahren entstehen; ist der Betrieb — wie bei allen hier in Frage stehenden Abschreibungsgesellschaften — vor dem 1. Januar 1980 eröffnet worden (sog. Altbetriebe), ist § 15 a EStG erst auf Verluste anzuwenden, die in nach dem 31. Dezember 1984 — beim Betrieb von in einem inländischen Seeschiffsregister eingetragenen Handelsschiffen sogar erst nach dem 31. Dezember 1989 — beginnenden Wirtschaftsjahren entstehen (§ 52 Abs. 21 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 und Satz 3 Nr. 1 EStG).

Ist das Kapitalkonto des Kommanditisten negativ geworden, sind allerdings gemäß § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HGB künftige Gewinnanteile zur Abdeckung des Verlustsaldos zu verwenden (s. näher *Bandasch/Feddersen* aaO; *Baumbach/Duden/Hopt* aaO; *Blümich/Falk* aaO Rdnr. 190; *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* aaO; *GroßkommHGB/Schilling* aaO; *Heymann/Kötter* aaO § 167 Anm. 3 und § 169 Anm. 3; *Schlegelberger/Geßler* aaO). Man spricht von einer „Verlusthaftung mit künftigen Gewinnen“ (*Heymann/Kötter* aaO; *Blümich/Falk* aaO; ebenso BFHE 132, 252). Diese begründet jedoch keine Verbindlichkeit im Sinne des § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB. „Verbindlichkeit“ bedeutet vom Wort her Bindung im Sinne von Belastung des gegenwärtigen (Aktiv-)Vermögens. Zwar können Verbindlichkeiten — ebenso wie umgekehrt Ansprüche — auch bedingt oder betagt sein; sie sind dann im Zugewinnausgleich gegebenenfalls zu schätzen (vgl. BGH Urteil vom 9. Juni 1983 — IX ZR 41/82 — NJW 1983, 2244, 2246 f. [= DNotZ 1984, 394]; *Dölle* Familienrecht Bd. I § 59 II 2 S. 803 mit III 2 S. 811; *Massfeller/Reinecke* Gleichberechtigungsgesetz § 1376 BGB Anm. 6; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 245). Auch die bedingte oder betagte Verbindlichkeit belastet jedoch das bereits vorhandene Vermögen: Der Schuldner hat dafür, wenn die Bedingung oder Zeitbestimmung eintritt, auch dann aufzukommen, wenn er in der Zwischenzeit keinerlei Vermögen hinzu erwirbt. Für ein negatives Kapitalkonto hat der Kommanditist dagegen ausschließlich mit künftigen Vermögen einzustehen, von dem noch nicht feststeht, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfange es anfällt. Das negative Kapitalkonto mindert so lediglich den künftigen Vermögenszuwachs (*Blümich/Falk* aaO Rdnr. 190), stellt jedoch keine irgendwie geartete Belastung des gegenwärtigen Vermögens dar. Dem entspricht es, daß eine Verlusthaftung mit künftigen Gewinnen, wie sie beim negativen Kapitalkonto besteht, handels- und steuerrechtlich nicht zu passivieren ist (vgl. BFHE 132, 254). Bei der Partenreederei liegen die Dinge auch in dieser Hinsicht gleich. Dort sind ebenfalls künftige Gewinne auf das negative Kapitalkonto zu verrechnen. Diese Verlusthaftung mit künftigen Gewinn stellt aber ebensowenig wie die des Kommanditisten eine das gegenwärtige Vermögen mindernde Verbindlichkeit im Sinne des § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

Freilich verringert das negative Kapitalkonto des Kommanditisten wie auch das des Partenreeders den inneren Wert des Gesellschaftsanteils. Es stellt, weil künftige Gewinne damit zu verrechnen sind, eine wirtschaftliche Belastung dar (so auch *Blümich/Falk* aaO), die den Wert des Vermögens — allerdings nicht unter Null herab (vgl. oben zu a) — vermindert. Dem braucht jedoch vorliegend nicht weiter nachgegangen zu werden, weil ein Aktivwert für die Beteiligung des Beklagten an den betreffenden Abschreibungsgesellschaften in der Zugewinnbilanz nicht in Ansatz gebracht ist.

c) Die Revision weist an sich zutreffend darauf hin, daß der Betrag des negativen Kapitalkontos bei Ausscheiden des Kommanditisten aus der Kommanditgesellschaft bzw. des Partenreeders aus der Partenreederei oder bei Auflösung der Gesellschaft zu versteuern ist. Da das negative Kapitalkonto damit wegfällt, ergibt sich als notwendige Folge der früheren Verlustzuordnung in Höhe des negativen Kapitalkontos ein steuerpflichtiger Gewinn (BFHE 132, 256; *Blümich/Falk* aaO Rdnr. 191; *Huber* aaO S. 285; *Schmidt* aaO § 15 a Anm. 4). Gleiches gilt, sobald nach den Verhältnissen der Gesellschaft feststeht, daß ein Ausgleich des negativen Kapitalkontos mit künftigen Gewinnanteilen nicht mehr in Frage kommt (BFHE aaO S. 255 f.; *Schmidt* aaO Anm. 5 a, c). Auch die den Negativsaldo gegebenenfalls vermindernenden Gewinne sind nach allgemeinen Grundsätzen jeweils einkommensteuerpflichtig.

Daraus ergibt sich indes vorliegend ebenfalls keine das zugewinnausgleichsrechtliche Endvermögen mindernde Verbindlichkeit im Sinne des § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Steuerschuld entsteht erst, „sobald der Tatbestand verwirklicht wird, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft“ (§ 38 AO). Ein Steuertatbestand war hier jedoch zum Stichtag nicht erfüllt. Eine Auflösung der Gesellschaft stand nicht in Frage. Ebensowenig war zu diesem Zeitpunkt eine Veräußerung der Beteiligungen des Beklagten erfolgt. Der Beklagte selbst hat auch nicht etwa geltend gemacht, daß in seinen zum Stichtag bestehenden negativen Kapitalkonten im Vergleich zur vorangegangenen Bilanz ein zu versteuernder Gewinn gesteckt habe. Ferner ist nicht dargelegt, daß zum Stichtag ein Ausgleich der negativen Kapitalkonten durch künftige Gewinne nicht mehr in Betracht kam. Der Beklagte hat sich nur allgemein darauf berufen, daß künftige, die Negativsalden vermindernende Gewinne zu versteuern seien und im Falle einer Veräußerung der Anteile der Negativsaldo steuerlich als Gewinn behandelt werde. Danach bestand zum Stichtag keine Steuerverbindlichkeit, da ein Steuertatbestand nicht verwirklicht war. Es handelte sich auch nicht um eine bedingte Steuerverbindlichkeit (vgl. auch — jeweils zur Pflichtteilsberechnung — BGH-Urteil vom 26. April 1972 — IV ZR 114/70 — NJW 1972, 1269 sowie *Gast* NJW 1959, 2100 f. und *Staudinger/Ferid/Cieslar* BGB 12. Aufl. § 2311 Rdnr. 73 und § 2313 Rdnr. 7). Da keine auch nur bedingte Steuerverbindlichkeit vorliegt, kommt auch eine Einstellung in den Zugewinnausgleich zu einem Schätzwert (s. oben zu b bb gegen Ende) nicht in Betracht. Das Berufungsgericht hat sich zutreffend auf den Standpunkt gestellt, daß es nichts zu schätzen gibt, wenn eine Verbindlichkeit zum Stichtag nicht wenigstens im rechtlichen Ansatzpunkt vorhanden ist.

d) Anderweitige Verbindlichkeiten des Beklagten im Zusammenhang mit seinen Beteiligungen an den vier Abschreibungsgesellschaften hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Der Beklagte hat sich selbst nicht darauf be-

rufen, daß noch Einlagen zu erbringen seien. Ebenso wenig ist eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zum Ausgleich der negativen Kapitalkonten vorgetragen. Zu den Schiffsparten ist nicht substantiiert dargetan, daß zum Stichtag eine offene Einschubpflicht nach § 500 Abs. 1 HGB (Verpflichtung, nach dem Verhältnis der Schiffspart zu den Ausgaben beizutragen) bestanden habe. Auch für eine Haftung gegenüber Dritten nach § 507 Abs. 1 HGB ist nichts vorgetragen. Vorbringen wie „Die Gesellschaften arbeiten mit Verlust. Nachschubpflichten sind vereinbart und wurden bereits geltend gemacht“ hat das Berufungsgericht zu Recht als nicht hinreichend substantiiert behandelt. Soweit der Beklagte behauptet hatte, daß er im Falle der Partenreederei „D.“ aus einem zur Finanzierung des Schiffes aufgenommenen Darlehen anteilig mit 80.000 DM hafte, hat das Berufungsgericht der Auskunft des Zeugen F. entnommen, daß am Stichtag eine Darlehensschuld nicht bestanden hat; diese Feststellung hat die Revision nicht angegriffen.

## II. Eigentumswohnung

1. Bei der Bewertung der dem Beklagten zum Stichtag gehörenden Eigentumswohnung hat das Berufungsgericht den aus einem Mittel zwischen Sach- und Ertragswert gebildeten Gesamtwert aller Eigentumswohnungen der Wohnanlage und den hieraus rechnerisch auf den Beklagten entfallenden Anteil zugrundegelegt. Sodann hat es den Wert von Garagenstellplätzen herausgerechnet, die der Beklagte bis zum Bewertungsstichtag wieder veräußert hatte. Andererseits hat es den Wert eines unmittelbar angrenzenden Grundstückes hinzugerechnet, das dem Beklagten gehört und auf dem sich eine Doppelgarage befindet. Außerdem hat das Berufungsgericht im Hinblick auf dieses Grundstück, das der Wohnanlage kraft einer entsprechenden Dienstbarkeit bebauungsrechtlich zugerechnet wird und die Trafostation der Anlage beherbergt, einen Zuschlag auf den Wert der Eigentumswohnung vorgenommen, den es nach dem Mehrwert bemessen hat, den die Eigentumswohnung hätte, wenn das Grundstück Teil der Gesamtanlage wäre. Eine Berücksichtigung des Umstandes, daß andere Eigentumswohnungen der Anlage seinerzeit rezessionsbedingt nur zu einem um durchschnittlich 19,45% unterhalb des Mittelwertes aus Sach- und Ertragswert liegenden Preis veräußert werden konnten, hat das Berufungsgericht abgelehnt, weil eine Veräußerung der Eigentumswohnung des Beklagten nicht beabsichtigt gewesen sei und es sich um eine innerhalb der Wohnanlage besonders bevorzugte Wohnung handele; denn sie verfügte als oberste Wohnung der terrassenförmig am Hang hochgezogenen Anlage über einen eigenen Eingang zu der rückwärtig verlaufenden H.-Straße über das erwähnte unmittelbar angrenzende Grundstück.

2. Auch dies hält den Angriffen der Revision stand.

a) Bei der im Rahmen des Zugewinnausgleichs vorzunehmenden Bewertung des Endvermögens der Ehegatten (§ 1376 Abs. 1, Abs. 2 BGB) ist der „wirkliche“ Wert der einzelnen Vermögensgegenstände zu ermitteln (*Erman/Heckelmann* BGB 7. Aufl. § 1376 Rdnr. 5; *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., § 36 V S. 510; *Rittner* FamRZ 1961, 505, 514; *Schwab* aaO Rdnr. 751; *Staudinger/Felgentraeger* BGB 10./11. Aufl. § 1376 Rdnr. 12; *Staudinger/Thiele* BGB 12. Aufl. § 1376 Rdnr. 12; *Stuby* FamRZ 1967, 181, 188; vgl. auch BGH LM BGB § 2311 Nr. 5 sowie Urteil vom 31. Mai 1965 — III ZR 214/63 — NJW 1965, 1589, 1590: „wahrer innerer Wert“). Eine bestimmte Bewertungsmethode schreibt das Gesetz —

abgesehen von dem Sonderfall des § 1376 Abs. 4 — nicht vor. Die Bewertung ist vielmehr Sache des Tatrichters und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht oder gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGHZ 13, 45, 46 f.; BGH LM aaO; BGH Urteil vom 26. April 1972 aaO S. 1269). Hiernach ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der Bewertung der Eigentumswohnung einen Mittelwert zwischen Sach- und Ertragswert zugrundegelegt hat. Diese Methode der Bewertung einer Immobilie hat der Bundesgerichtshof schon früher als gangbaren Weg gebilligt (vgl. BGH LM aaO). Die Wertverringerung, die durch die vor dem Stichtag erfolgte Veräußerung von zunächst mit dem Sondereigentum des Beklagten verbundenen Garagenstellplätzen eingetreten ist, hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Es wirkt sich auch nicht zum Nachteil des Beklagten aus, daß das Berufungsgericht dem Werte der Eigentumswohnung den Wert des der Wohnanlage vorgelagerten Grundstückes des Beklagten hinzugerechnet hat. Aus der Sicht des Beklagten macht es keinen Unterschied, ob dieses Grundstück in der Zugewinnbilanz für sich ausgewiesen oder in wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei der Eigentumswohnung mit veranschlagt wird. Für den Beklagten wäre allein eine zu hohe Bewertung des Grundstückes von Nachteil. Das Berufungsgericht hat jedoch das Grundstück nicht etwa — wie von der Klägerin verfochten — als Teil eines Baugrundstücks (vergleichbar mit der Gartenfläche eines Einfamilienhauses), sondern lediglich wie Gartenland (außerhalb einer Bebauung) bewertet. Ferner begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, daß das Berufungsgericht im Hinblick auf dieses Grundstück einen Zuschlag auf den Wert der (eigentlichen) Eigentumswohnung vorgenommen hat. Dies findet seine Berechtigung darin, daß dieses Grundstück der gesamten Wohnungseigentumsanlage und damit auch der Eigentumswohnung des Beklagten zugutekommt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte die Wohnanlage ohne diese zusätzliche Fläche, die ihr aufgrund einer entsprechenden Dienstbarkeit bebauungsrechtlich zugerechnet wird, nicht so errichtet werden können, wie es tatsächlich geschehen ist. Die der Wohnanlage dienende Funktion des Grundstückes kommt auch darin zum Ausdruck, daß es die Trafostation der Gesamtanlage beherbergt. Die Bemessung des Zuschlages nach dem Wert, den die Eigentumswohnung hätte, wenn das Grundstück Teil der Wohnungseigentumswohnanlage wäre, erscheint vertretbar und wird auch von der Revision nicht beanstandet.

b) Die Revision rügt ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht davon abgesehen hat, bei der Bewertung der Eigentumswohnung einen rezessionsbedingten Abschlag zu machen.

aa) Das Berufungsgericht hat insoweit zu Recht darauf abgestellt, daß die Eigentumswohnung des Beklagten damals nicht zum Verkauf stand. Es hat sich unter diesen Umständen ohne Rechtsfehler auf den Standpunkt gestellt, daß der wahre Wert der Eigentumswohnung durch die damalige — wie es das Berufungsgericht ausdrückt — „vorübergehende Flaute auf dem Immobilienmarkt“ nicht berührt wurde. Zwar wird der „wirkliche Wert“ eines Vermögensgegenstandes in einem Wirtschaftssystem, das seine Maßstäbe für den Wert von Gegenständen weithin am Markt findet, in vielen Fällen mit dem Veräußerungswert zusammenfallen (*Gernhuber* aaO; *MünchKomm/Gernhuber* BGB § 1376 Rdnr. 8). Deshalb mag bei einer Bewertung, die sich etwa am Sach- oder Er-

tragswert oder an beiden orientiert, gelegentlich eine Kontrolle nach dem tatsächlich am Markt erzielbaren Preis am Platze sein. Dies kann jedoch nur für Vermögensgegenstände gelten, die entweder zur Veräußerung bestimmt sind oder als Folge des Zugewinnausgleichs, nämlich zur Mobilisierung des Vermögens, veräußert werden müssen (*Erman/Heckelmann* aaO Rdnr. 5; *Gernhuber* aaO; *MünchKomm/Gernhuber* aaO Rdnr. 9; *Rittner* aaO S. 514).

Ansonsten dürfen „wirklicher Wert“ und Veräußerungswert nicht in eins gesetzt werden und kann der wirkliche Wert höher als der aktuelle Veräußerungswert sein. Gerade bei Immobilien, die gar nicht verkauft werden sollen, geht es nicht an, sie kurzerhand mit ihrem hypothetischen Verkaufswert anzusetzen (*MünchKomm/Gernhuber* aaO Rdnr. 11; *Soergel/Lange* aaO Rdnr. 12). Insbesondere ist in einem solchen Falle ein vorübergehender Preisrückgang nicht zu berücksichtigen, wenn er bei nüchterner Beurteilung schon zum Stichtag als vorübergehend erkennbar war (BGH Urteil vom 31. Januar 1965 aaO S. 1589 f.; vgl. auch Urteil vom 14. Februar 1975 — IV ZR 28/73 —, insoweit in LM BGB § 1712 Nr. 3 und NJW 1975, 562 nicht mit abgedruckt). Denn ein vorübergehender Preisrückgang ist bei einem Vermögensgegenstand, der nicht zum Verkauf ansteht, auf den „wirklichen“ Wert ohne Einfluß. So verhält es sich hier. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Mindererlös bei den anderen Eigentumswohnungen auf die damalige „vorübergehende“ Flaute auf dem Immobiliensektor zurückzuführen sei, liegt auf tatsächlichem Gebiet; die Revision hat hiergegen keine Einwendungen erhoben.

bb) Aber auch soweit das Berufungsgericht seine Ablehnung eines Rezessionsabschlages ergänzend damit begründet hat, daß es sich bei der Eigentumswohnung als der obersten Wohnung der Anlage sowie wegen ihres separaten Zugangs über das angrenzende Grundstück des Beklagten um eine innerhalb der Wohnanlage besonders bevorzugte Wohnung handele, ist das Berufungsurteil rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision wendet hiergegen ein, daß das Berufungsgericht die begünstigte Lage der Eigentumswohnung zweimal herangezogen habe: Nachdem es wegen des angrenzenden Grundstücks des Beklagten bereits einen Zuschlag vorgenommen habe, habe es auf jenes Grundstück nicht nochmals zur Ablehnung eines Rezessionsabschlages zurückgreifen dürfen. Die Revision verkennt indes, daß die Eigentumswohnung des Beklagten in der Tat unter zwei Gesichtspunkten von dem vorgelagerten Grundstück profitiert, die sich beide werterhöhend auswirken, wenn sie auch vom Tatsächlichen her ineinandergreifen. Zum einen kommt das Grundstück der Eigentumswohnung insofern zugute, als es der gesamten Wohnanlage dient, indem es ihr bebauungsrechtlich zugerechnet wird und die Trafostation der Anlage beherbergt (s. näher oben zu a.a.E.). Unabhängig davon handelt es sich bei der Eigentumswohnung aus den von dem Berufungsgericht dargelegten und von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Gründen, insbesondere wegen ihres eigenen Eingangs über das angrenzende Grundstück, um eine innerhalb der Anlage besonders bevorzugte Wohnung, so daß es gerechtfertigt erscheint, ihr unter diesem Gesichtspunkt einen höheren Marktwert als den anderen Wohnungen der Anlage zuzumessen oder sie, wie es das Berufungsgericht gesehen hat, für weniger rezessionsanfällig zu halten.

16. BGB §§ 2278, 2289 (*Zulässiger Abänderungsvorbehalt im Erbvertrag*)

**Setzen sich Ehegatten in einem Erbvertrag gegenseitig vorbehaltlos zu Alleinerben ein, so kann dem Überlebenden gestattet werden, die vertragsmäßig geregelte Erbeinsetzung auf seinen Tod in einem bestimmten Rahmen abzuändern.**

OLG Stuttgart, Beschluß vom 29.7.1985 — 8 W 564/84 — mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Erblasserin hat mit Ihrem verstorbenen Ehemann einen Erbvertrag geschlossen, in dem unter anderem bestimmt wurde:

1. Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.
2. Erben des Überlebenden sind:
  - a) die Verwandten des Ehemannes nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge im Zeitpunkt des Todes des Überlebenden zu drei Viertel.
  - b) . . .
  - c) . . .
5. Der Überlebende ist berechtigt, von Todes wegen folgende Änderungen vorzunehmen:
  - a) Änderung der Erbquote der einzelnen Verwandten des Ehemannes Ziff. 2 lit. a) ohne Schmälerung des gemeinschaftlichen Erbteils von drei Viertel.

#### *Aus den Gründen:*

Der Vorbehalt in Ziffer 5 a des Erbvertrags ist wirksam.

Der Beschwerdeführer stützt seine gegenteilige Auffassung auf ein von ihm vorgelegtes Gutachten des Prof. Dr. *Wilfried Schlüter*. Dieser bezieht sich auf BGHZ 26, 204, wo u. a. ausgeführt ist, der Erbvertrag und der in ihm enthaltene Vorbehalt müßten so gefaßt sein, daß eindeutig bestimmt werden könne, welches Recht dem vertragsmäßig Bedachten bindend zugewandt sei. *Schlüter* meint, es genüge nicht, daß im Erbvertrag eine nicht disponible Verfügung — hier die gegenseitige Erbeinsetzung der vertragsschließenden Ehegatten — getroffen sei. Vielmehr müsse für jede einzelne vertragsmäßig bindende Verfügung gesondert überprüft werden, ob ein im Hinblick auf sie vereinbarter Vorbehalt zulässig und damit wirksam sei. Die verschiedenen vertragsmäßigen Verfügungen seien lediglich in einem Erbvertrag zusammengefaßt. Sie seien, sofern sich nicht aus der Auslegung etwas anderes ergebe, selbständige vertragsmäßige Verfügungen und damit in ihrer Wirksamkeit nicht voneinander abhängig. Deshalb müsse die Wirksamkeit eines Vorbehalts nicht im Hinblick auf den aus mehreren vertragsmäßigen Verfügungen zusammengesetzten Erbvertrag, sondern im Hinblick auf jede einzelne vertragsmäßige Verfügung, auf die er bezogen ist, überprüft werden. Bei einer vertragsmäßig bindenden Erbeinsetzung müsse also schon aufgrund der Vereinbarung im Erbvertrag ablesbar sein, wer zu welcher Erbquote Erbe sein solle, wenn der Erblasser von dem ihm eingeräumten Änderungsvorbehalt Gebrauch mache. Ein Vorbehalt, der eine solche Beschränkung nicht enthalte und es weitgehend in das Belieben und freie Ermessen des Erblassers stelle, in welcher Weise er den Inhalt der vertragsmäßigen Verfügung ändern wolle, sei mit der eingegangenen Bindung des Erblassers unvereinbar und deshalb unzulässig. Demnach sei der hier in Frage stehende Vorbehalt unwirksam, unabhängig davon, ob er nur eine Änderung der Erbquoten oder den völligen Ausschluß einzelner Erben zulasse.

Dem ist nach Auffassung des Senats nicht zu folgen. Es genügt vielmehr, daß der Erbvertrag mit der gegenseitigen Einsetzung zu Alleinerben eine vertraglich bindende und vorbehaltlose Verfügung enthält. Im Zusammenhang mit einer solchen Verfügung können nicht nur einseitige Regelungen getroffen werden, die unbeschränkt abänderbar sind (§ 2299 BGB), sondern auch vertragliche Verfügungen, für die dem Erblasser im Rahmen eines eingeschränkten Vorbehalts eine Abänderung gestattet wird, die das Recht des vertraglich Bedachten völlig aufhebt. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch für den Erbvertrag gilt (vgl. u. a. *Coing*, NJW 1958, 689, 691, unter Hinweis auf die Motive — V S. 332 —) und den Parteien eine beliebige Grenzziehung zwischen Bindung und Testierfreiheit gestattet, solange sie den Erbvertrag nicht insgesamt gegenstandslos macht (Senatsbeschluß OLGZ 1979, 49).

Aus BGHZ 26, 204 läßt sich nichts anderes ableiten. In dem dort entschiedenen Fall ging es darum, ob und wie weit die einzigen vertraglich bindenden Bestimmungen, nämlich die Einsetzung eines Vor- und eines Nacherben, durch einen Vorbehalt eingeschränkt werden konnten. Der BGH hat auch hier die Möglichkeit eines Vorbehalts grundsätzlich bejaht und die Grenzen der Zulässigkeit erst dort gesehen, wo der Erbvertrag „seines eigentlichen Wesens entkleidet wird“, der verlangt, daß der Erbvertrag, auch wenn der Erblasser von dem Vorbehalt Gebrauch macht, „seinen Inhalt behalten muß“, daß „in ihm weiter eine vertragsmäßig nach § 2278 Abs. 2 BGB zu treffende Verfügung enthalten bleibt.“

Das ist, wenn der Vorbehalt sich auf die beiden Erbeinsetzungen bezieht, nur dadurch zu erreichen, daß eindeutig bestimmt wird, welche Erbquote den vertragsmäßig Bedachten bindend zugewandt ist. Enthält dagegen der Erbvertrag eine vertraglich bindende und vorbehaltlose Erbeinsetzung, wird er nicht dadurch in seinem Wesen beeinträchtigt oder inhaltlos, daß er weitere vertragsmäßige Zuwendungen enthält, dem Erblasser aber deren Aufhebung vorbehalten wird.

Der BGH hat dazu in WPM 1970, 482 = DNotZ 1970, 356 ausgeführt, daß der Vorbehalt einer nachträglichen Abänderung der Erbfolge durch den Überlebenden (vertraglich zum Alleinerben des Erstverstorbenen eingesetzten) Ehegatten im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig gewesen wäre, sofern er nur den Vertrag nicht inhaltlos gemacht oder seines eigentlichen Sinnes entkleidet hätte. Er hat dann allerdings dahinstehen lassen, ob der fragliche Erbvertrag seinen wesentlichen Sinn verlöre, wenn davon auszugehen wäre, daß er dem überlebenden Ehegatten die uneingeschränkte Befugnis zu anderweitigen Erbeinsetzungen einräumen wollte. Diese Frage könnte sich jedoch überhaupt nicht stellen, wenn man davon ausgehen würde, daß die Erbeinsetzung der Kinder durch den überlebenden Ehegatten isoliert betrachtet werden müsse und nur einen Vorbehalt zulasse, der den Kindern eine bestimmte Erbquote gewährleiste. Auch in WPM 1982, 211 = NJW 1982, 441 stellt der BGH eine Gesamtbetrachtung an, wenn er ausführt: Daß die Verträge der Eltern der Parteien durch die Vorbehaltsklausel (für Vorausvermachnisse) nicht „ihres eigentlichen Wesens entkleidet“ wurden, sondern Erbverträge sind, folgt schon daraus, daß die Vorbehaltsklausel die vertragsmäßige gegenseitige Erbeinsetzung der Eltern vollständig und die ebenfalls vertragsmäßige Erbeinsetzung der Parteien (der Kinder), von der Zuteilung der Grundstücke abgesehen, unberührt läßt.

Auch die von *Schlüter* auf S. 15 f. seines Gutachtens vorgebrachten Bedenken sind nicht begründet. Er verweist darauf,

daß die Vertragsparteien durch den Erbvertrag und den Vorbehalt die Testierfreiheit der Erblasserin in jedem Fall insoweit einschränken wollten, als insgesamt  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses den Verwandten des Ehemannes zufallen sollten, und führt aus, diese Bindung der Erblasserin sei keine vertragsmäßige Bindung im Sinne eines Erbvertrags. Denn das Gesetz meine mit vertragsmäßigen Verfügungen solche zugunsten bestimmter Einzelpersonen. Das ist zwar richtig, trifft aber den vorliegenden Fall nicht. Denn hier sind in Ziffer 2 a des Erbvertrags alle Verwandten des Mannes zu bestimmbar Bruchteilen zu Erben eingesetzt. Dies allein ist die Erbeinsetzung i. S. des § 2278 Abs. 2 BGB. Der Vorbehalt besagt, daß diese Erbeinsetzung wegfällt, wenn die Erblasserin eine letztwillige Verfügung trifft, die sich in dem ihr vorbehaltenen Rahmen hält.

Die Auffassung des Senats über die Zulässigkeit eines derartigen Vorbehalts wird in der Rechtsprechung geteilt vom Landgericht Koblenz, Jur. Büro 1968, 254, in der Literatur von *Staudinger/Kanzleiter*, 12. Aufl., Rdnr. 12 zu § 2278 BGB, *Soergel/Wolf*, 11. Aufl., Rdnr. 7 zu § 2278 BGB, *Palandt/Edenhofer*, 44. Aufl., Überblick vor § 2274 BGB, Anm. 3 a, *Kipp/Coing*, Erbrecht, 13. Bearbeitung, § 38 III 3, *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2. Aufl., § 37 III 4. Für die Gegenmeinung beruft sich *Schlüter* in seinem Rechtsgutachten zu Recht auf *Musielak* im Münchner Kommentar, Rdnr. 20 zu § 2278 BGB. Fraglich erscheint dagegen, ob die ebenfalls herangezogenen *Siebert* (Festschrift für *Hedemann*, 1958, S. 237, 244) und *Johannsen* (Anmerkung zu BGH LM Nr. 3 zu § 2289 BGB), die sich beide auf BGHZ 26, 204 beziehen, auch beim hier vorliegenden Sachverhalt einen zulässigen Vorbehalt annehmen würden.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

17. BGB § 362 Abs. 2; GmbHG § 19 (*GmbH & Co KG: Einzahlung der Bareinlage auf Konto der KG*)

**Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH von seiner (Geld-)Einlage-schuld durch Zahlung an die Kommanditgesellschaft frei wird.**

BGH, Urteil vom 25.11.1985 — II ZR 48/85 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 14. März 1984 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der D-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Beklagte ist. Der Beklagte hatte auf das Stammkapital der GmbH von 20.000 DM bis Ende 1982 einen Betrag von 5.000 DM eingezahlt. Mit der Klage verlangt der Kläger die Zahlung der restlichen Stammeinlage nebst Zinsen.

Die GmbH ist die persönlich haftende Gesellschafterin der D-GmbH & Co. KG. Einziger Kommanditist ist der Beklagte. Die Tätigkeit der GmbH, deren alleiniger Geschäftsführer ebenfalls der Beklagte war, beschränkte sich ausschließlich auf die Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft. Die GmbH unterhielt nach dem Vortrag des Beklagten kein eigenes Bankkonto.

Der Beklagte reichte am 2. März 1983 einen von ihm ausgestellten, auf sein privates Bankkonto gezogenen Verrechnungsscheck über 5.000 DM zur Gutschrift auf dem Bankkonto der Kommanditgesellschaft ein. Der Scheck wurde ordnungsgemäß eingelöst. Auf dem Scheckeinreichungsbeleg vermerkte der Beklagte handschriftlich: „à conto Einlage GmbH-Anteil“. Am 27. Juli 1983 ließ der Beklagte 200.000 DM von seinem privaten Konto auf das Bankkonto der Kommanditgesellschaft überweisen. Der Überweisungssträger enthielt als

Verwendungszweck die Angabe: „Betr.: D-GmbH, Ablös. Gem. Treuhandauftrag vom 27.7.1983“. Zusätzlich wurde vom Beklagten handschriftlich vermerkt: „Verwendung 1.) Rückzahlung Darlehen 190.000,—; 2.) 10.000 restlicher GmbH-Anteil“. Die handschriftlichen Vermerke auf den Zahlungsbelegen hat der Beklagte nach seiner Behauptung jeweils bei Eingang der über die Gutschriften erteilten Kontoauszüge angebracht. Er ist der Auffassung, mit diesen Zahlungen seine restliche Stammeinlage erbracht zu haben. Der Kläger macht demgegenüber geltend, es habe sich um Leistungen an die Kommanditgesellschaft gehandelt, durch die der Beklagte von seiner Einlagenschuld nicht habe frei werden können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben (Berufungsurteil veröffentlicht in ZIP 1985, 476 mit Anm. Günther EWIR § 19 GmbHG 2/85, 173 und DB 1985, 1985 mit Anm. K. Schmidt). Mit der (zugelassenen) Revision hat der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt. Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

#### Aus den Gründen:

I. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß der Gesellschafter einer GmbH nicht allein deshalb, weil die GmbH persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist und neben der Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft keine weitere Tätigkeit ausübt, seine Geldeinlage in gleicher Weise wie durch Zahlung an die GmbH auch durch Zahlung an die Kommanditgesellschaft mit befreiender Wirkung erbringen kann. GmbH und GmbH & Co. KG können auch in einem solchen Fall hinsichtlich der Regeln über Kapitalaufbringung und -erhaltung nicht, wie es K. Schmidt in seiner Anmerkung zum Berufungsurteil (DB 1985, 1986) zu erwägen gegeben hat, als Einheit behandelt werden. Der GmbH können, auch wenn sie sich auf die Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft beschränkt, eigene originäre Verbindlichkeiten entstehen. Dies gilt — beispielsweise hinsichtlich der Schulden — selbst dann, wenn alle sachlichen und personellen Mittel für die Führung der Geschäfte von der Kommanditgesellschaft finanziert oder zur Verfügung gestellt werden. Für Eigenverbindlichkeiten der GmbH haftet die Kommanditgesellschaft — anders als im umgekehrten Fall die GmbH für Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft (§ 128 HGB) — nicht. Die Eigengläubiger der GmbH sind daher bei einer Komplementär-GmbH in gleicher Weise wie bei einer anderweitig tätigen GmbH auf die Haftungsmasse der GmbH angewiesen. Für eine Durchbrechung der im Interesse des Gläubigerschutzes geltenden Regeln über die Kapitalaufbringung sind danach auch im Falle der reinen Komplementär-GmbH keine hinreichenden sachlichen Gründe gegeben. GmbH und Kommanditgesellschaft (und mittelbar auch deren Gesellschafter) mögen, wenn der Kommanditgesellschaft Mittel aus dem Vermögen der GmbH zur Verfügung gestellt werden sollen, ein Interesse daran haben, daß GmbH-Einlagen direkt an die Kommanditgesellschaft gezahlt werden können und dadurch Bankspesen vermieden werden. Dieses Interesse muß jedoch hinter dem Gläubigerschutz zurücktreten.

II. Das Berufungsgericht hat jedoch außer acht gelassen, daß der Beklagte auch nach den Kapitalaufbringungsgrundsätzen des GmbH-Rechts unter besonderen Voraussetzungen — deren Fehlen nicht festgestellt ist — seine Resteinnlage mit befreiender Wirkung an die Kommanditgesellschaft zahlen konnte.

Wie sich aus § 362 Abs. 2 BGB ergibt, kann auf eine Forderung mit Zustimmung des Gläubigers auch an einen Dritten mit befreiender Wirkung geleistet werden. Diese Regel wird im GmbH-Recht zwar insoweit verdrängt, als nach §§ 7

Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG (alter und neuer Fassung) der vor der Anmeldung der GmbH zu leistende Mindestbetrag der Geldeinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführer eingezahlt werden muß. Im übrigen findet aber § 362 Abs. 2 BGB Anwendung, soweit der Schutz der Gesellschaftsgläubiger nicht beeinträchtigt wird. Es ist deshalb in Rechtsprechung und Literatur zu Recht anerkannt, daß der Gesellschafter von seiner Einlagenschuld befreit wird, wenn er auf Veranlassung der Gesellschaft einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, dessen Forderung vollwertig, fällig und liquide ist (OLG Zweibrücken GmbHRdsch 1967, 29; *Baumbach-Hueck*, GmbHG 14. Aufl. § 19 Rdnr. 9, 24; *Ulmer in Hachenburg*, GmbHG 7. Aufl. § 19 Rdnr. 24; *Scholz/Winter*, GmbHG 6. Aufl. § 19 Rdnr. 10; ebenso für die entsprechende Rechtslage im Aktienrecht: *Barz* in Großkomm. zum AktG § 66 Rdnr. 26; *KK/Lutter*, AktG § 54 Rdnr. 37, 39 und § 66 Rdnr. 24; vgl. auch zum Vollwertigkeitsprinzip im Falle der Aufrechnung der Gesellschaft mit der Einlageforderung: BGHZ 15, 52, 57; 90, 370, 373; im Falle der Abtretung der Einlageforderung: BGHZ 53, 71, 72 f.). Entsprechendes muß auch gelten, wenn die GmbH mit den Mitteln der ausstehenden Gesellschaftereinlage ihrerseits — wie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall unterstellt hat — einen Anspruch der Kommanditgesellschaft auf eine Einlage erfüllen will und ihr Gesellschafter zu diesem Zwecke mit ihrem Einverständnis den geschuldeten Einlagebetrag unmittelbar an die Kommanditgesellschaft leistet. Den Gläubigern der Kommanditgesellschaft wird dadurch keine Haftungsmasse entzogen, weil sich im selben Maße, in dem sich das Kapital der GmbH verringert, dasjenige der Kommanditgesellschaft vermehrt. Des Schutzes bedürfen jedoch die Eigengläubiger der GmbH. Der GmbH-Gesellschafter kann sich deshalb nach dem Vollwertigkeitsprinzip durch eine nach § 362 Abs. 2 BGB erfolgte Leistung an die Kommanditgesellschaft von seiner Einlagenschuld nur befreien, wenn das verbleibende Vermögen der GmbH zur vollen Befriedigung sowohl der Eigengläubiger der GmbH als auch der Gläubiger der Kommanditgesellschaft, soweit deren Ansprüche das Vermögen dieser Gesellschaft übersteigen, ausreicht. Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die Leistung auf die Einlage an die KG mit Einwilligung der GmbH erbracht wird.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte die Mindesteinlage, die er nach §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG (in der für ihn maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 1980 geltenden Fassung) zur freien Verfügung der Geschäftsführer zu leisten hatte, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erbracht. Gegenstand der Klage ist nur die Resteinnlage, die den besonderen Zahlungsmodalitäten der genannten Vorschriften nicht unterliegt. Danach kann eine Befreiung des Beklagten von seiner Einlagenschuld durch die Zahlungen an die Kommanditgesellschaft gemäß § 362 Abs. 2 BGB erfolgt sein, wenn die Kommanditgesellschaft ihrerseits eine vollwertige Einlageforderung gegen die GmbH hatte. Bisher steht jedoch nicht fest, daß eine solche Einlageforderung bestand und darauf gezahlt worden ist. Gegebenenfalls bedarf es ferner die Prüfung, ob die GmbH ihre Zustimmung zur Leistung der Einlagebeträge an die Kommanditgesellschaft wirksam erteilt hat, wobei — da der Beklagte sowohl Gesellschafter wie alleiniger Geschäftsführer der GmbH war — § 35 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 181 BGB zu beachten ist.

Da es zur Beurteilung dieser Fragen weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

18. GmbHG § 47 (Zum Verbot der Stimmrechtsabspaltung)

**Das Verbot, das Stimmrecht von den übrigen Mitgliedschaftsrechten eines Gesellschafters einer GmbH abzuspalten, gilt jedenfalls dann, wenn Stimmrechtsträger ein Geschäftsführer sein soll, der kein Gesellschafter ist.**

BayObLG, Beschluß vom 21.11.1985 — BReg. 3 Z 146/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Im Handelsregister des Amtsgerichts W. ist die Firma E-Vertriebs-GmbH eingetragen. An der Gesellschaft sind drei Gesellschafter mit einer Stammeinlage von jeweils 20 000 DM beteiligt. Von den beiden Geschäftsführern ist einer Gesellschafter.

Die Geschäftsführer meldeten am 29.3.1985 u. a. die Neufassung der Satzung der Gesellschaft an. Danach soll den Geschäftsführern in Gesellschafterversammlungen ein Stimmrecht auch dann eingeräumt werden, wenn sie nicht zugleich Gesellschafter sind. Hierzu wurde beschlossen:

„§ 7

(1) ...

(2) ...

(3) Jeder Geschäftsführer hat in dieser Eigenschaft in der Gesellschafterversammlung ein Stimmrecht in Höhe von 12,5% des gesamten Kapitalanteiles.

Bei Zuteilung des Stimmrechtes an einen Geschäftsführer legen die Gesellschafter gleichzeitig fest, zu Lasten welchen Gesellschaftsanteils diese Stimmrechtsausübung geht.

(4) Sofern den Geschäftsführern durch die Gesellschaft — gleich aus welchem Rechtsgrund und gleich ob im Endergebnis berechtigt oder nicht — gekündigt ist oder der Vertrag aus sonstigem Grunde aufgehoben ist, erlischt dieses Stimmrecht.

(5) Hat die Gesellschaft — gleich aus welchem Grund — nur einen Geschäftsführer, so ruht das Stimmrecht in Höhe von 12,5% des gesamten Kapitalanteils des anderen Geschäftsführers bis zur Neubesetzung. Sofern die Gesellschafterversammlung einstimmig beschließt, daß die Gesellschaft künftig nur von einem Geschäftsführer geführt werden soll, gilt diese Regelung nicht; in diesem Fall lebt also das bisher dem zweiten Geschäftsführer zustehende Stimmrecht der Gesellschafter wieder auf.

(6) Die vorstehenden Regelungen gelten auch, falls ein oder mehrere Notgeschäftsführer bestellt werden.

(7) Sofern die Gesellschaft mehr als zwei Geschäftsführer hat, wird das Stimmrecht in Höhe von insgesamt 25% der Kapitalanteile auf die mehreren Geschäftsführer verteilt. Sofern sich die Stimmen nicht genau ausgleichen lassen, erhält der an Jahren älteste Geschäftsführer den nicht weiter teilbaren Stimmenanteil

...

§ 9

(1) ... Eine Mehrheit von genau 75% aller Stimmen ist erforderlich für folgende Beschlüsse:

...

j) Änderung dieser Satzung.

(2) ...

(3) Geschäftsführer haben in dieser Eigenschaft kein Stimmrecht in folgenden Fällen:

- a) Abberufung von Geschäftsführern
- b) Auflösung der Gesellschaft
- c) Änderung dieser Satzung
- d) Festlegung der Geschäftsführung im Falle der Liquidation.

...“

2. Mit Zwischenverfügung vom 30.5.1985 beanstandete das Registergericht diese neue Satzungsregelung: Die Einräumung eines Stimmrechtes an Nichtgesellschafter sei unzulässig; dies gelte auch, wenn es sich um Geschäftsführer handle, die zugleich Gesellschafter seien, wenn ihnen dieses Stimmrecht in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer zustehen solle.

Beschwerde und weitere Beschwerde gegen diese Entscheidung hatten keinen Erfolg und wurden als unbegründet zurückgewiesen.

*Aus den Gründen:*

1. ...

2. Die angefochtene Entscheidung enthält keinen Rechtsfehler (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Die Anmelder leiten aus § 7 Abs. 3 ff. der geänderten Satzung Stimmrechtsbefugnisse der Geschäftsführer aus mehreren Rechtsgründen her. Das erfordert eine Auslegung dieser beabsichtigten Satzungsbestimmung. Es ist anerkannt, daß das Rechtsbeschwerdegericht (Revisionsgericht) die Satzung einer Kapitalgesellschaft, soweit sie körperschaftliche Regelungen enthält, selbst auslegen kann; es besteht insoweit keine Bindung an eine eventuelle Auslegung des Tatrichters (*Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 22; ebenso im Revisionsrecht: BGH WPM 1974, 372/373). Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine geänderte Satzung handelt, welche mangels Eintragung noch keine rechtliche Wirksamkeit erlangt hat (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG). Auch hier greift der Grund für die selbständige Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht ein, daß nämlich die hierbei zu beurteilende Satzungsbestimmung Regelungen für den künftigen Mitgliederbestand enthält und sich somit an einen unbestimmten Kreis von Gesellschaftern wendet (BGH aaO), sofern die Satzungsänderung im Handelsregister eingetragen wird.

b) Das Landgericht hat zu Recht in der Regelung in § 7 Abs. 3 ff. der geänderten Satzung eine unzulässige Stimmrechtsabspaltung gesehen.

Wird eine Satzungsänderung angemeldet (§ 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), so hat das Registergericht u. a. den Inhalt des satzungsändernden Beschlusses anhand der eingereichten Unterlagen daraufhin zu überprüfen, ob Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe zu verzeichnen sind (BayObLG BB 1985, 545 = Betrieb 1985, 964 = Rpfleger 1985, 197 = WPM 1985, 572 [= MittBayNot 1985, 83]; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 7. Aufl. § 54 Rdnr. 43). Hier besteht ein solcher Nichtigkeitsgrund, der die Zurückweisung der Anmeldung rechtfertigt.

(1) Jedes Mitglied eines Personenverbandes übt durch sein Stimmrecht einen Einfluß auf die Geschicke seines Verbandes nach innen und außen hin aus (vgl. *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden S. 1). Das Stimmrecht ist somit das wichtigste Mitverwaltungsrecht des Mitglieds eines Personenverbandes. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Personenverbandsrechts, daß aus einer Mitgliedschaft fließende unübertragbare Verwaltungsrechte, wie das Stimmrecht, nicht von der Mitgliedschaft selbständig und von ihr losgelöst übertragen, somit „abgespalten“ werden können (RGZ 132, 149/159; BGHZ 3, 354; 20, 363; 36, 292/293; BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB; BGH BB 1953, 717/718; BGH NJW 1970, 468; BGB-RGRK — von *Gamm* 12. Aufl. Rdnrn. 2, 10, *Soergel/Hadding* BGB 11. Aufl. Rdnr. 20, *Staudinger/Gebler* BGB 12. Aufl. Rdnr. 22, *Ulmer* in MünchKomm BGB Rdnr. 7, je zu § 717; *Palandt/Thomas* BGB 44. Aufl. Vorbem. 5 c vor § 709 und § 717 Anm. 1 d; *Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer* BGB 3. Aufl. § 717 Anm. 2; *Fischer* in HGB Großkomm. 3. Aufl. § 109 Anm. 7; *Baumbach/Duden/Hopt* HGB 26. Aufl. § 119 Anm. 2 E; *A. Hueck* JZ 1960, 491; ders. Das Recht der OHG 4. Aufl. S. 166 f; *G. Hueck* Gesellschaftsrecht 18. Aufl. § 14 III 1 — S. 102 —; *Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil, Gesellschaftsanteil S. 50 ff.; *Westermann/Scherpf/Paulick/Bulla/Hackbeil* Handbuch der Personengesellschaften 3. Aufl. I Rdnr. 321; *Reinhardt/Schultz* Gesellschaftsrecht 2. Aufl. Rdnr. 67; *Meyer-Landrut*

in AktG. Großkomm. 3. Aufl. § 8 Anm. 15; *Zöllner* in *Kölner Komm. z. AktG* § 134 Rdnr. 19; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Band I § 7 II 1 — S. 372; *Reuter* ZGR 1978, 633/638 ff.; differenzierend: *Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen S. 121 ff. sowie *Fleck* in *Festschrift für Robert Fischer* S. 107-129).

Demgemäß kann auch im GmbH-Recht das Stimmrecht eines Gesellschafters von seinem durch den Anteilserwerb begründeten Mitverwaltungsrecht nicht derart abgespalten werden, daß es einem anderen, insbesondere einem Nichtgesellschaftler übertragen wird, während die übrigen Mitverwaltungs- und sonstigen Beteiligungsrechte dem Inhaber des Geschäftsanteils verbleiben (RGZ 132, 149/159; RG JW 1934, 2906/2907; BGHZ 43, 261/267; BGH NJW 1968, 397, BGH BB 1977, 10/11 = GmbH-Rdsch. 1977, 245; *Baumbach/Hueck* GmbHG 14. Aufl. Rdnr. 28, *Scholz/Karsten Schmidt* GmbHG 6. Aufl. Rdnr. 21, *Roth* GmbHG Anm. 3.1, je zu § 47; *Fischer/Lutter* GmbHG 11. Aufl. § 14 Rdnr. 8; *Eder/Heuser/Tillmann/Gaul* GmbH-Handbuch 11. Aufl. Rdnr. 408; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 5. Aufl. S. 279; a. A. *Hachenburg/Schilling* in § 14 GmbHG Rdnrn. 31 f.). Eine solche Abspaltung enthält die beanstandete Satzungsregelung.

(2) Der Bundesgerichtshof hat in LM Nr. 6 zu § 105 HGB die Frage offen gelassen, ob der Grundsatz der Unabspaltbarkeit des Stimmrechts von dem Mitgliedschaftsrecht für den Fall eine Ausnahme zuläßt, daß das Stimmrecht mit Zustimmung aller Gesellschafter an einen Mitgesellschafter oder lediglich für bestimmte, bereits zur Beschlußfassung anstehende und darum überschaubare Angelegenheiten übertragen werden soll (bejahend: *Staudinger/Gebler* § 717 BGB Rdnr. 23). Der Senat braucht sich zu dieser Frage nicht abschließend zu äußern. Das Landgericht hat nämlich zu Recht die Zurückweisung der Anmeldung mit der Erwägung bestätigt, daß beabsichtigt ist, auch einem Geschäftsführer, der Nichtgesellschaftler ist, ein abgespaltenes Stimmrecht zu verschaffen. Ein Stimmrecht soll außerdem den Geschäftsführern nicht lediglich für bestimmte, bereits zur Beschlußfassung anstehende Angelegenheiten eingeräumt werden.

(3) Die von den Anmeldern ins Feld geführten Argumente für eine hier ausnahmsweise zulässige Stimmrechtsabspaltung greifen nicht durch.

Aus der Organstellung der Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) läßt sich nichts herleiten. Der Geschäftsführer ist zwar kein außenstehender Dritter; er erlangt aber bei fehlender kapitalmäßiger Beteiligung keine Mitgliedschaft, er ist kein Gesellschafter. Auch der Hinweis, die erforderliche Mitgestaltung der Geschäftspolitik durch die Geschäftsführer bedürfe deren Mitwirkung bei der Beschlußfassung der Gesellschafter, führt hier nicht weiter. Diese Ziele können anderweitig erreicht werden. Den Geschäftsführern kann widerrufliche Stimmrechtsvollmacht erteilt werden (vgl. dazu z. B. *Baumbach/Hueck* § 47 GmbHG Rdnrn. 31 ff.). Außerdem kann ihnen eine kapitalmäßige Beteiligung eingeräumt und so die Gesellschafterstellung verschafft werden; ihnen kann dann ein erhöhtes Stimmrecht zugebilligt werden. Nach dem Gesetz (§ 47 Abs. 2 GmbHG) wird der Umfang des Stimmrechts durch den Nennbetrag des Geschäftsanteils bestimmt; grundsätzlich geben je 100 DM eine Stimme. Der Gesellschaftsvertrag kann dies jedoch abändern. Es können einzelne Geschäftsanteile mit einem erhöhten Stimmrecht ausgestattet werden; es kann z. B. bestimmt werden, daß die Stimme des Gesellschafter-Geschäftsführers doppelt ge-

zählt (vgl. *Scholz/Karsten Schmidt* Rdnr. 9, *Hachenburg/Barz* Rdnr. 10, je zu § 47 GmbHG; *Sudhoff* aaO S. 280; *Eder/Heuser/Tillmann/Gaul* aaO Rdnr. 408.2).

Schließlich kommt auch dem Umstand keine entscheidende Bedeutung zu, daß die Übertragung des Stimmrechts durch Kündigung beendet werden kann und die Stimmrechtsübertragung nicht für bestimmte Beschlußgegenstände — darunter Satzungsänderung — gelten soll. Entscheidend ist die Unzulässigkeit der Stimmrechtsabspaltung von dem mitgliederschäftlichen Verwaltungsrecht; eine solche liegt auch bei einer gegenständlich beschränkten und jederzeit kündbaren Stimmrechtsmacht eines Nichtgesellschafters vor.

(4) Die beanstandete Satzungsregelung enthält entgegen der vor dem Registergericht geäußerten Auffassung der Anmelder auch keine Legitimationszession.

Eine solche ist gegeben, wenn ein Anteilsinhaber einen Mitgesellschafter oder einen Nichtgesellschaftler ermächtigt, Anteilsrechte, vor allem das Stimmrecht, im eigenen Namen, auszuüben. Der hiervon Begünstigte erhält die Ermächtigung, aus fremdem Stimmrecht im eigenen Namen abzustimmen. Von der Stimmrechtsabspaltung unterscheidet sich die Legitimationszession dadurch, daß alle Mitverwaltungsrechte dem Anteilsinhaber verbleiben; er gibt nur dem Dritten die Ermächtigung, einen Teil dieser Rechte auszuüben; es findet demnach keine Abtretung des Stimmrechts statt (vgl. zu alledem: *Hachenburg/Schilling/Zutt* Anh. § 15 GmbHG Rdnrn. 31 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt* § 47 GmbHG Rdnr. 22; *Sudhoff* aaO S. 388 f.). Die Legitimationszession ist im Aktienrecht nach Maßgabe des § 129 Abs. 3 AktG zulässig; im GmbH-Recht wird die Zulässigkeit einer Legitimationszession von der noch herrschenden Lehre verneint, wobei ähnliche Erwägungen ins Feld geführt werden, wie sie für die Unzulässigkeit einer Stimmrechtsabspaltung sprechen (vgl. *Baumbach/Hueck* § 47 Rdnr. 29; *Scholz/Karsten Schmidt* aaO; a. A. *Hachenburg/Schilling/Zutt* sowie *Sudhoff* aaO; für den Fall einer Anteilsverpfändung RGZ 157, 52/56).

Der Senat braucht sich zur Zulässigkeit einer Legitimationszession im GmbH-Recht nicht zu äußern. Eine solche ist nämlich durch § 7 Abs. 3 ff. der neuen Satzung nicht beabsichtigt. Danach soll jeder Geschäftsführer ein Stimmrecht in Höhe von 12,5% des gesamten Kapitalanteils zu Lasten eines Geschäftsanteils erhalten. Die Geschäftsführer sollen demnach aus eigenem Recht abstimmen dürfen; der Fall einer Legitimationszession setzt aber gerade voraus, daß der Begünstigte aus fremdem Stimmrecht im eigenen Namen abstimmen darf.

c) Die beabsichtigte Satzungsregelung enthält darüber hinaus keine Stimmrechtsvollmacht der Geschäftsführer; diesen soll auch nicht ein zusätzliches Stimmrecht verschafft werden.

(1) Der Träger einer Stimmrechtsvollmacht übt fremde Rechte in fremdem Namen aus (vgl. z. B. *Hachenburg/Schilling/Zutt* Anh. § 15 GmbHG Rdnrn. 31 ff.). Hier sollen den Geschäftsführern eigene Stimmrechte eingeräumt werden, die sie im eigenen Namen ausüben dürfen.

(2) Die Auslegung der beabsichtigten Satzungsregelung ergibt, daß den Geschäftsführern auch kein zusätzliches Stimmrecht eingeräumt werden soll.

Im Recht der Personengesellschaften ist anerkannt, daß durch den Gesellschaftsvertrag zu den Stimmrechten der Gesellschafter zusätzlich einem Dritten ein Stimmrecht eingeräumt werden kann, sofern der Stimmrechtsentzug aus

wichtigem Grund jederzeit möglich ist (BGH NJW 1960, 963 = JZ 1960, 490 mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck; Soergel/Hadding Rdnr. 31, Staudinger/Gebler Rdnr. 10, je zu § 709 BGB). Bei dieser Fallgestaltung behalten die Gesellschafter ihr Stimmrecht; dem Außenstehenden wird nur zusätzlich ein solches verschafft. Die Einheit von Mitgliedschaft und Stimmrecht wird hierbei nicht beeinträchtigt, sie bleibt vielmehr in der Person der Gesellschafter erhalten. Von einer Abspaltung des Stimmrechts kann hier nicht gesprochen werden (BGH aaO).

Der Senat läßt offen, ob im GmbH-Recht die Einräumung eines zusätzlichen Stimmrechts an einen Dritten überhaupt möglich ist. Die beanstandete Satzungsregelung sieht hier nicht ein zusätzliches Stimmrecht der Gesellschafter vor, sondern ein solches, das von anderen Gesellschaftern hergeleitet wird; in Höhe von 12,5% des gesamten Kapitalanteils soll jeder Geschäftsführer zu Lasten des Stimmrechts anderer Gesellschafter zur Stimmabgabe befugt sein.

#### 19. GmbHG § 11; KostO § 2 Nr. 1, § 3 Nr. 3 (Zur Haftung der Gründungsgesellschafter für Grundbuchkosten)

**1. Wird zugunsten einer GmbH-Vorgesellschaft auf ihren Antrag eine Auflassungsvormerkung eingetragen, so haftet für die Kosten neben der Gesellschaft jeder Gründungsgesellschafter, soweit er seine Einlage noch nicht erbracht hat.**

**2. Wird die Absicht, die Gesellschaft eintragen zu lassen, aufgegeben, der Geschäftsbetrieb aber fortgesetzt, so haften die Gründungsgesellschafter für die Kosten unbeschränkt, auch wenn sie ihre Einlageschuld getilgt haben.**

BayObLG, Beschluß vom 6.11.1985 — BReg. 3 Z 15/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellem Vertrag vom 13.12.1982 kaufte die in Gründung befindliche Firma I.-Bauträger GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, Wohnungseigentum. Die Verkäuferin bewilligte und die erwerbende Gesellschaft beantragte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, die am 22.12.1982 zugunsten der I.-Bauträger GmbH eingetragen wurde. Der Urkundsnotar stellte Antrag nach § 15 GBO.

Die Gesellschaft wurde nicht in das Handelsregister eingetragen.

2. Für die Eintragung der Auflassungsvormerkung berechnete der Kostenbeamte des Grundbuchamts der Firma I.-Bauträger GmbH zu Händen des Geschäftsführers eine Gebühr von 232,50 DM.

Da diese Kosten von der Gesellschaft nicht beigetrieben werden konnte, wurden sie dem weiteren Beteiligten als Zweitschuldner mit der Begründung in Rechnung gestellt, er hafte als Gesellschafter neben der Gesellschaft.

Die Erinnerung/Beschwerde des weiteren Beteiligten wiesen das Amtsgericht und das Landgericht zurück.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich der weitere Beteiligte mit weiterer Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist aufgrund Zulassung statthaft und formgerecht eingelegt (§ 14 Abs. 3 und 4 KostO). Das somit zulässige Rechtsmittel des weiteren Beteiligten hat Erfolg.

2. Das Landgericht hat mit rechtsfehlerhaften Erwägungen die Haftung des weiteren Beteiligten als Gesellschafter für die Kosten der Eintragung der Auflassungsvormerkung bejaht.

a) In Grundbuchsachen (§§ 60 ff. KostO) ist Kostenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO, wer nach dem Grundbuchverfahrens-

recht (§ 13 Abs. 2 GBO), dem Grundbuchamt gegenüber als Antragsteller gilt (*Korintenberg / Lappe / Bengel / Reimann* KostO 10. Aufl. — nachfolgend *Korintenberg* — Rdnr. 50, *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Rdnr. 13, je zu § 2).

Hier hat der weitere Beteiligte dem Grundbuchamt gegenüber keinen Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung gestellt, so daß seine Kostenhaftung nach § 2 Nr. 1 KostO ausscheidet.

b) Die Kostenhaftung des weiteren Beteiligten kann sich hier nur aus der Vorschrift des § 3 Nr. 3 KostO ergeben. Danach muß die Kostenhaftung einer juristischen oder natürlichen Person bestehen; der weitere Kostenschuldner muß nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verpflichtet sein, für die in der Person des anderen Kostenschuldners bestehende Kostenschuld der Staatskasse gegenüber einzustehen (*Korintenberg* § 3 KostO Rdnr. 27).

Im vorliegenden Fall besteht eine Kostenschuld der Firma I.-Bauträger GmbH in Gründung nach § 2 Nr. 1 KostO.

Ist eine GmbH gegründet worden, so entsteht mit dem Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrages eine bereits weitgehend dem GmbH-Recht unterstehende Vorgesellschaft, die als Träger von Rechten und Pflichten nach außen hin im Rechtsverkehr auftreten kann (BGHZ 80, 129/132 = NJW 1981, 1373 [= MittBayNot 1981, 192 = DNotZ 1981, 582]; BGH WPM 1984, 929 [= DNotZ 1984, 585]). Die Vorgesellschaft ist insbesondere grundbuchfähig (BGHZ 45, 339/348; BayObLGZ 1979, 172; OLG Hamm OLGZ 1981, 410 [= MittBayNot 1981, 124]).

Hier hat der Notar namens des Geschäftsführers der in Gründung befindlichen GmbH den Eintragungsantrag gestellt; der Geschäftsführer einer Vor-GmbH ist das zu ihrer Vertretung zuständige Organ (BGHZ 80, 129/132 [= MittBayNot 1981, 192 = DNotZ 1981, 582]; *Rowedder/Fuhrmann/Koppensteiner/Lanfermann/Rasner/Ritter/Zimmermann* GmbHG — nachfolgend *Rowedder* — § 11 Rdnr. 82). Da der Geschäftsführer nicht für sich selbst, sondern in organisch-funktioneller Vertretung gehandelt hat, ist die Vor-GmbH dem Grundbuchamt gegenüber Antragstellerin geworden (vgl. *Korintenberg* § 2 KostO Rdnr. 66). Gleichzeitig ist ihre Kostenschuld gegenüber der Staatskasse nach § 2 Nr. 1 KostO begründet worden. Für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft haftet deren Gesellschaftsvermögen (*Rowedder* § 11 GmbHG Rdnrn. 77, 89).

c) Die ungenügenden Feststellungen des Landgerichts lassen nicht die rechtliche Nachprüfung zu; ob für die Kostenschuld der Gesellschaft, welche diese nicht tilgen konnte, auch der weitere Beteiligte als Gründungsgesellschafter bürgerlich-rechtlich haftet (§ 3 Nr. 3 KostO).

(1) Die Gesellschafter, die eine GmbH gründen, wollen grundsätzlich kein größeres Risiko als das des möglichen Verlustes der übernommenen Einlage eingehen; im Rechtsverkehr kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß der Geschäftsführer im Gründungsstadium keine Vertretungsmacht besitzt, die Gesellschafter über die versprochene Einlage hinaus zu verpflichten (BGHZ 72, 45/50 [= MittBayNot 1978, 165]; 86, 122/125). Die Gesellschafter einer Vor-GmbH haften als Folge ihrer gemeinsamen Verpflichtung zwar persönlich den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, aber nur bis zur Höhe ihrer offenen Einlageschuld (BGHZ 80, 182 f. [= DNotZ 1981, 506]; BGH WPM 1980, 955/956; BGH NJW 1983, 2822; BGH WPM 1985, 658/660; *Baumbach/Hueck* GmbHG 14. Aufl. § 11 Rdnr. 22).

Für die Haftungsbeschränkung ist weiter erforderlich, daß der Gläubiger erkennen kann, er habe es mit einer GmbH in Gründung zu tun; diese Kenntnis wird ihm vermittelt, wenn der Schuldner irgendwie zum Ausdruck bringt, er sei eine GmbH in Gründung (BGHZ 72, 45/49 f. [= MittBayNot 1978, 165]; BGH NJW 1983, 2822; BGH WPM 1985, 658/660).

Hier ist zwar für die Staatskasse die Haftungsbeschränkung erkennbar geworden, da die vorgelegte Urkunde auf die GmbH in Gründung hinwies; die Frage der Kostenhaftung des weiteren Beteiligten als Gründungsgesellschafter kann jedoch nicht beantwortet werden, weil das Landgericht ausdrücklich die Frage offengelassen hat, ob er seine satzungsmäßige Einlageschuld getilgt hat.

(2) Die Gesellschaft ist nicht in das Handelsregister eingetragen worden. Auch das kann für die Haftung der Gesellschafter von Bedeutung sein.

Hier läßt es sich nämlich nicht ausschließen, daß zum Zeitpunkt der Eintragung der Aufassungsvormerkung eine sog. unechte bzw. eine fehlgeschlagene Vorgesellschaft bestanden hat. Dabei handelt es sich um eine formgerecht errichtete Gesellschaft, welche nach ihrer Gründung das Ziel, sich im Handelsregister eintragen zu lassen, wieder aufgibt (*Baumbach/Hueck* Rdnr. 28, *Fischer/Lutter* GmbHG 11. Aufl. Rdnr. 8, *Rowedder* Rdnr. 22, je zu § 11 GmbHG). Das Recht der GmbH-Vorgesellschaft findet weiter Anwendung, sofern das Gesellschaftsvermögen alsbald liquidiert wird (vgl. BGHZ 80, 129/142). Wird aber der Geschäftsbetrieb in der bisherigen Weise fortgeführt, so haften die Gesellschafter auch für Altschulden unbeschränkt; sie können sich dann nicht darauf berufen, sie hätten ihre Haftung auf das Stammkapital beschränkt; das gilt unabhängig davon, ob sie ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreiben oder nicht (vgl. BGHZ 80, 129/142; *Baumbach/Hueck* § 11 GmbHG Rdnr. 29).

d) Das Landgericht wird somit feststellen müssen, wann die Absicht, die Gesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen, aufgegeben und ob das Gesellschaftsvermögen alsbald liquidiert worden ist und ob der weitere Beteiligte seine Einlageschuld getilgt hatte. In diesem Fall ist eine Kostenschuld des weiteren Beteiligten nicht gegeben. Ist dagegen der Geschäftsbetrieb fortgesetzt worden, so kann sich der weitere Beteiligte auch bei Einbringung der Einlage nicht mehr auf seine Haftungsbeschränkung als Gründungsgesellschafter berufen.

3. Nach alledem war die landgerichtliche Entscheidung aufzuheben. Die Sache war zur anderweitigen Behandlung und neuen Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

### C.

#### Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

20. BGB § 2231 Nr. 1, § 2232; BeurkG § 13 Abs. 1 Satz 1 (*Zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift*)

#### Wirksamkeit der Unterschrift beim Unterstützen der Hand durch einen anderen

BayObLG, Beschluß vom 10.9.1985 — BReg. 1 Z 24/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Am 17.10.1983 errichtete der Notar S. eine Urkunde, in der es heißt, im Anwesen des Erblassers, wohin sich der Notar auf Ansuchen begeben habe, sei der Erblasser erschienen, habe seinen Personalaus-

weis vorgelegt und erklärt, er wolle ein Testament errichten. Seine seitherigen letztwilligen Verfügungen habe er vollinhaltlich auf. Zu seinem alleinigen und ausschließlichen Erben seines gesamten Nachlasses bestimme er den Beteiligten zu 1. Am Ende der Urkunde heißt es, sie sei vom Notar vorgelesen, vom Beteiligten (Erblasser) genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden. Darunter befindet sich eine Unterschrift und als weitere Unterschrift diejenige des Notars.

Der Beteiligte zu 2 erklärte gegenüber dem Nachlaßgericht, das Testament vom 17.10.1983 sei nicht vom Erblasser eigenhändig unterzeichnet worden.

Der Notar sagte aus, nachdem er, der Notar, das Testament mit dem Erblasser besprochen und vorgelesen habe, sei von einem Anwesenden geäußert worden, der Erblasser könne mit dem Unterschreiben Beschwerden haben, weil er steife Finger habe. Daraufhin habe sich die Mutter des Beteiligten zu 1 erboten, dem Erblasser bei der Unterschriftsleistung die Hand zu halten. Er, der Notar, habe sie darauf aufmerksam gemacht, daß sie die Hand halten, aber nicht führen dürfe. Daraufhin habe der Erblasser mit Unterstützung der Mutter des Beteiligten zu 1 das Testament unterschrieben. Er, der Notar, habe hierbei den Eindruck gehabt, daß der Erblasser selbst unterschrieben habe, wobei ihm die Mutter des Beteiligten zu 1 lediglich die Hand gehalten habe. Nach seiner, des Notars, Erkenntnis sei die Unterschrift durch den Erblasser geformt worden.

#### Aus den Gründen:

Die Auffassung des Landgerichts, der Beteiligte zu 2 sei nicht Erbe und könne daher keinen Erbschein beantragen (§ 2353 BGB), trifft zu; denn der Erblasser hat seine im Testament vom 4.8.1983 vorgenommene Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 mit dem am 17.10.1983 notariell beurkundeten Testament rechtswirksam widerrufen (§ 2253 Abs. 1, § 2254 BGB).

a) Das Testament vom 17.10.1983 ist formgültig. Für die Beurkundung eines zur Niederschrift eines Notars errichteten Testaments (§ 2231 Nr. 1, § 2232 BGB) gilt das Beurkundungsgesetz (§ 1 BeurkG). Danach muß die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Hierbei ist es zulässig, den Beteiligten beim Schreiben zu unterstützen, etwa durch Halten des Armes oder der Hand. Um eine Unterstützung handelt es sich solange, als der Beteiligte den Willen hat, die Unterschrift zu leisten, und dieser Wille für den Schreibvorgang bestimmend bleibt; die Unterschrift muß vom Willen des Beteiligten abhängen; sie darf nicht von einem anderen durch Führen der Hand des Testierenden ohne dessen Willen hergestellt werden (BGH LM § 16 TestG Nr. 1; BayObLGZ 1948-51, 598/601 f.; *Keidel/Kuntze/Winkler* FG 11. Aufl. Rdnr. 30, *Mecke* BeurkG Rdnr. 8, je zu § 13 BeurkG; vgl. *Höfer/Huhn/von Schuckmann* BeurkG Anm. 6, *Palandt* BGB 44. Aufl. Anm. 4, *Riedel/Feil* BeurkG Anm. 8, je zu § 13 BeurkG; *Jansen* FG 2. Aufl. § 13 BeurkG Rdnr. 21, § 25 BeurkG Rdnr. 2). Ohne Bedeutung ist, ob der Beteiligte seine gewöhnlichen Schriftzüge zustande bringt (*Mecke* aaO) oder seine Unterschrift lesbar ist (*Höfer/Huhn/von Schuckmann*; *Riedel/Feil*, je aaO).

b) Im vorliegenden Fall hat das Landgericht festgestellt, daß das notarielle Testament vom 17.10.1983 vom Erblasser eigenhändig unterzeichnet und er hierbei allenfalls in einer die Eigenhändigkeit nicht ausschließenden Weise unterstützt worden ist, ihm jedoch durch keine andere Person die Hand geführt wurde. Hierbei hat sich das Landgericht auf das eingehende schriftliche Gutachten des Sachverständigen M. gestützt. Die Würdigung eines Sachverständigen-gutachtens ist grundsätzlich Sache des Tatsachenrichters. Sie kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur dahin nachgeprüft werden, ob der Sachverständige gegen die Denk-

gesetze oder die allgemein anerkannten Erfahrungssätze der Wissenschaft verstoßen hat, ferner ob er von dem Sachverhalt ausgeht, den das Gericht für erwiesen hält, schließlich ob der Sachverständige alle ihm auf Grund der Gerichtsakten zugänglichen Tatsachen berücksichtigt hat (BayObLGZ 1982, 309/314; *Keidel/Kuntze/Winkler* § 15 Rdnr. 10, § 27 Rdnr. 42). Das Landgericht hat das Gutachten fehlerfrei gewürdigt.

Es besteht kein Anlaß, daran zu zweifeln, daß die vom Sachverständigen benutzten Vergleichsschriften vom Erblasser herrühren.

Die vom Rechtsbeschwerdeführer herausgestellten Abweichungen der Testamentsunterschrift von den Vergleichsschriften sind weder vom Sachverständigen noch vom Landgericht übersehen worden. Der Sachverständige hat auf Grund seiner Sachkunde die Auffassung vertreten, diese Abweichungen könnten nicht als wesensfremde Befunde eingestuft werden; sie müßte im Rahmen der Koordinationsstörungen und des Schriftabbaus eher als zufallsbedingte, graphische Abweichungen des Erblassers gesehen werden. Das Landgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Es führt aus, es sei völlig normal, daß die Testamentsunterschrift mit den Vergleichsschriften nicht völlig übereinstimme. Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Aussagen der Zeugen enthalten zwar Widersprüche, bieten aber keinen Anhalt dafür, daß das Landgericht an den getroffenen Feststellungen hätte zweifeln müssen.

#### D.

#### Steuerrecht

21. EStG §§ 21, 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 und 7, § 7 Abs. 4; EStDV § 11 d; BGB §§ 1922, 2032, 2042 (*Einkommensteuerliche Behandlung der Erbauseinandersetzung über Privatvermögen*)

**1. Setzen sich Miterben eines zum Privatvermögen des Erblassers gehörenden Grundstücks dahingehend auseinander, daß ein Miterbe gegen Zahlung von Abfindungen an die übrigen Miterben das Grundstück übernimmt, so liegt ein entgeltlicher Erwerb insoweit vor, als der übernehmende Miterbe hierfür Vermögenswerte über seinen Anteil an dem Nachlaß hinaus einsetzt (Änderung der Rechtsprechung).**  
**2. Schuldzinsen für einen Kredit, der zur Abfindung von Miterben aufgenommen wird, sind auch dann in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar, wenn der übernehmende Miterbe die Abfindungen ganz oder teilweise aus seinem Anteil an dem Nachlaß hätte aufbringen können (Anschluß an Urteil des BFH vom 19. Mai 1983 IV R 138/79, BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380).**

BFH, Urteil vom 9.7.1985 — IX R 49/83 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, ihre acht Geschwister und ihre Mutter waren seit 1977 in ungeteilter Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Vater der Klägerin Eigentümer eines mit einem Dreifamilienhaus bebauten Grundstücks. An der Erbengemeinschaft waren die Mutter der Klägerin zu 1/2 und die Klägerin mit ihren Geschwistern jeweils zu 1/18 beteiligt. Aufgrund notariell beurkundeten Teilauseinandersetzungsvertrages vom 29. Mai 1979 erwarb die Klägerin das Alleineigentum an dem Grundstück. Sie hatte dafür unter Zugrundelegung eines Auseinandersetzungswerts von 180 000 DM Abfindungen an die weichen Miterben entsprechend deren Erbanteilen zu zahlen, also an die Mutter 90 000 DM und an die acht Geschwister je 10 000 DM. Die Klägerin nahm für die Zahlung der Abfindungen in Höhe von zusammen 170 000 DM einen Bankkredit auf. Die von ihr im Streitjahr 1980 für den Kredit gezahlten Zinsen betrugen 12 996,89 DM.

Bei der Veranlagung der Klägerin zur Einkommensteuer 1980 behandelte das Finanzamt bei der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung die Abfindungszahlungen in Höhe von 170 000 DM sowie Erwerbsnebenkosten von 4 720 DM nicht als Anschaffungskosten des Grundstücks. Das FA gewährte der Klägerin keine Absetzungen für Abnutzung (AfA) nach § 7 Abs. 4, sondern nur nach den Werten des Rechtsvorgängers gemäß § 11 d der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV), da der Vorgang der Erbauseinandersetzung wie ein unentgeltlicher Erwerb der Klägerin behandelt werden müsse. Aus demselben Grund berücksichtigte das FA die Schuldzinsen nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Das Finanzgericht gab der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage statt.

Das Finanzamt hat mit der Revision beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist teilweise begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung.

Zu Recht hat das FG die Leistungen der Klägerin an ihre Miterben im Rahmen der Teilauseinandersetzung dem Grunde nach als Anschaffungskosten angesehen. Ob sie es der Höhe nach sind, läßt sich mangels tatsächlicher Feststellungen des FG zum Wert des Nachlasses nicht beurteilen. Der Abzug der geltend gemachten Schuldzinsen als Werbungskosten ist frei von Rechtsirrtum.

1. AfA können im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung entweder nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i.V.m. § 7 Abs. 4 EStG bei einem entgeltlichen Erwerb in Höhe eines Vomhundertsatzes der Anschaffungskosten oder Herstellungskosten des Gebäudes oder nach § 11 d EStDV bei nicht zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern, die der Steuerpflichtige unentgeltlich erworben hat, entsprechend den Anschaffungskosten oder Herstellungskosten des Rechtsvorgängers, als Werbungskosten abgezogen werden.

Der Erwerb durch Erbfall ist ein unentgeltlicher Erwerb. Nach § 1922 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den oder die Erben über. Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben, das von ihrem eigenen Vermögen abgesondert ist (vgl. § 2032 BGB). Jeder Nachlaßgegenstand gehört dem einzelnen Miterben ganz, jedoch beschränkt durch die Rechte der übrigen Miterben. Die Miterbengemeinschaft wird durch Erbauseinandersetzung aufgehoben (§ 2042 BGB). Dies geschieht in der Regel durch Teilung, d. h. die Nachlaßgegenstände werden aus dem Gesamthandsvermögen der Miterben in ihr Alleinvermögen überführt (*Dütz* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 2059 Tz. 4). Wird im Rahmen der Naturalteilung einem Miterben ein Nachlaßgegenstand zu Alleineigentum übertragen, so erwirbt er diesen Gegenstand unentgeltlich. Bürgerlich-rechtlich ist ein auf Leistungsaustausch gerichteter gegenseitiger Vertrag und damit ein entgeltliches Geschäft gegeben, wenn ein Miterbe den Nachlaß unter Abfindung der übrigen Miterben aus seinem Vermögen erwirbt. Dies gilt unabhängig davon, ob der übernehmende Miterbe die Erbanteile (§ 2033 BGB) oder die Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen erwirbt (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Februar 1953 IV ZR 207/52, *Lindenmaier/Möhring* — LM —, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, § 326 (A) BGB Nr. 2). Für die Beurteilung des Geschäfts als entgeltlich oder unentgeltlich ist es ohne Bedeutung, ob der Erwerb der Erbanteile durch einen Miterben einen Erbschaftskauf i. S. von § 2371 BGB darstellt.

Abweichend von der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung hat die Rechtsprechung des BFH zum Einkommensteuerrecht bisher ein unentgeltliches Rechtsgeschäft angenommen, wenn ein Miterbe von den übrigen Miterben deren Anteile am Nachlaß oder an einzelnen Nachlaßgegenständen gegen Abfindung aus seinem Vermögen erwirbt. Die Rechtsprechung ist für den betrieblichen Bereich davon ausgegangen, daß Erbfall und Erbaueinandersetzung als einheitlicher privater, außerbetrieblicher Vorgang anzusehen sind, sofern sich der oder die weichende(n) Miterbe(n) in der Zeit zwischen Erbfall und Erbaueinandersetzung nicht so verhalten hat bzw. haben, daß er oder sie Mitunternehmer i. S. von § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist bzw. sind. Scheiden Miterben innerhalb angemessener Frist gegen Abfindung aus der Erbengemeinschaft aus, so erzielen sie keinen Veräußerungsgewinn und die abfindenden Miterben keine (zusätzlichen) Anschaffungskosten. Entgegen der bürgerlich-rechtlichen Rechtslage werden einkommensteuerrechtlich Erbfall und Erbaueinandersetzung so gewertet, als ob der Gewerbebetrieb bzw. der Anteil an einer Personengesellschaft vom Erblasser unmittelbar auf den allein fortführenden bzw. Gesellschafter bleibenden Miterben übergegangen wäre. Der übernehmende Erbe wird steuerrechtlich so behandelt, als ob er zum Alleinerben eingesetzt worden wäre und den weichenden Miterben Vermächtnisse in Höhe der von ihm gewährten Abfindungen ausgesetzt gewesen wären. Die Erbaueinandersetzung wird als auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückwirkend angesehen. Ob sie auf einer Teilungsanordnung des Erblassers oder auf einem freiwilligen Entschluß der Miterben beruht, ist für die einkommensteuerrechtliche Beurteilung unerheblich (vgl. BFH-Urteile vom 26. Juli 1963 VI 334/61 U, BFHE 77, 435, BStBl III 1963, 480; vom 24. April 1974 IV R 115/73, BFHE 115, 495, BStBl II 1975, 580; vom 2. Dezember 1976 IV R 115/75, BFHE 121, 39, BStBl II 1977, 209 [= MittBayNot 1977, 147]; vom 7. Februar 1980 IV R 178/76, BFHE 130, 42, BStBl II 1980, 383; vom 26. März 1981 IV R 130/77, BFHE 133, 271, BStBl II 1981, 614, und vom 19. Mai 1983 IV R 138/79, BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380, jeweils mit weiteren Rechtsprechungshinweisen).

Diese Grundsätze hat der VIII. Senat des BFH unter — stillschweigender — Aufgabe der in den Entscheidungen des VI. Senats des BFH vom 6. Dezember 1957 VI 166/56 U (BFHE 66, 82, BStBl III 1958, 33) und vom 15. Januar 1965 VI 233/63 U (BFHE 82, 13, BStBl III 1965, 252) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs (RFH) vertretenen Auffassung, daß bei der Erbaueinandersetzung über Grundstücke des Privatvermögens in Höhe des eigenen Anteils des übernehmenden Miterben ein unentgeltlicher, im übrigen ein entgeltlicher Erwerb vorliege, auf die Erbaueinandersetzung im privaten Bereich übertragen. Danach stellt der Erwerb eines zum Privatvermögen gehörenden Grundstücks im Rahmen der Erbaueinandersetzung selbst dann kein entgeltliches Rechtsgeschäft dar, wenn der erwerbende Miterbe den übrigen Miterben Abfindungen aus seinem eigenen Vermögen leistet (Urteile in BFHE 132, 32, BStBl II 1981, 157, und in BFHE 114, 475, BStBl II 1975, 411).

Die Übertragung der Rechtsgrundsätze, die zur Erbaueinandersetzung über Betriebsvermögen entwickelt worden sind, auf die Erbaueinandersetzung über Privatvermögen, ist in der Rechtsprechung der FG und in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. u. a. rechtskräftiges Urteil des FG Baden-Württemberg, Außensenate Stuttgart, vom 24. April 1980 VI 561/77, Entscheidungen der Finanzgerichte — EFG —, 1980, 493, und Urteil des FG Düsseldorf vom 19. Juni 1984 III 430/81 E, EFG 1985, 66; *Seithel*, Finanz-Rundschau — FR — 1978, 469; *Paus*, FR 1983, 216).

Der erkennende Senat gibt die Rechtsprechung auf, wonach im Rahmen einer Erbaueinandersetzung geleistete Abfindungszahlungen für den Erwerb eines Nachlaßgegenstandes des Privatvermögens als unentgeltlicher Vorgang zu werten sind. Der Senat läßt sich dabei von folgenden Erwägungen leiten: Nach der neueren Rechtsprechung des BFH ist für die Besteuerung die bürgerlich-rechtliche Gestaltung maßgebend, wenn sie ernsthaft gewollt und tatsächlich durchgeführt wird (vgl. *Beisse*, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung der Steuergesetze in der neueren deutschen Rechtsprechung, Steuer und Wirtschaft — StuW — 1981, 1 f.). Bürgerlich-rechtlich stellt sich der Erwerb der Erbanteile wie auch der Anteile an einzelnen Nachlaßgegenständen gegen Zahlung von Abfindungen an die übrigen Miterben als entgeltliches Geschäft dar. Es läßt sich nicht, jedenfalls für den nichtbetrieblichen Bereich, mit einer wirtschaftlichen Sachverhaltsbeurteilung rechtfertigen, dieses Geschäft einkommensteuerrechtlich als unentgeltliches anzusehen; denn der übernehmende Erbe erbringt aus seinem Vermögen Aufwendungen, um das Alleineigentum am Nachlaßgegenstand zu erwerben. Die Überlegungen, die dazu geführt haben, die Erbaueinandersetzung über Betriebsvermögen als einen außerbetrieblichen Vorgang zu werten, sind auf die Beurteilung der Erbaueinandersetzung über Privatvermögen nicht übertragbar. Im Unterschied zum Betriebsvermögen werden Wertveränderungen im Privatvermögen — von den Ausnahmen nach §§ 22 Nr. 2, 23 EStG abgesehen — steuerlich nicht erfaßt. Die Übertragung von Erbanteilen oder den Anteilen an dem geerbten Grundstück auf einen der Miterben gegen Abfindungszahlungen kann — abgesehen von den Fällen der §§ 22 Nr. 2, 23 EStG — nicht zu einem Veräußerungsgewinn bei den übertragenden Miterben führen. Im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung gibt es keine Abgrenzungsmerkmale — wie die Unternehmerinitiative und das Unternehmerisiko für die Qualifikation eines Miterben als Mitunternehmer —, um beurteilen zu können, ob der Miterbe die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in eigener Person oder „in Fortsetzung der Person des Erblassers“ erzielt (vgl. BFH-Urteil vom 12. Januar 1978 IV R 5/75, BFHE 124, 436, BStBl II 1978, 333). Als Folge davon läßt sich auch kein Zeitraum bestimmen, bis zu dessen Ablauf die Erbaueinandersetzung noch als mit dem Erbfall einheitlicher Vorgang anzusehen ist.

Die Schwierigkeiten, die sich durch die unterschiedliche einkommensteuerrechtliche Wertung der Erbaueinandersetzung über Betriebsvermögen und über Privatvermögen bei Mischnachlässen ergeben können, sind rechenerisch lösbar.

Ein entgeltliches Geschäft ist nur in dem Umfang gegeben, in dem der Miterbe für den Erwerb der Grundstücksanteile der übrigen Miterben im Rahmen der Erbaueinandersetzung Vermögenswerte außerhalb der Erbmasse einsetzen muß, um Alleineigentümer zu werden. In dem Umfang, in dem der Miterbe den Erwerb der Anteile an dem Grundstück aus dem Nachlaß finanziert, erwirbt er unentgeltlich; denn insoweit erhält der erwerbende Miterbe — wie bei der Naturalteilung — wertmäßig das, was ihm aufgrund des Erbfalles zusteht. Erwirbt der Miterbe Grundstücksanteile im Rahmen einer — wie im Streitfall — auf das Grundstück beschränkten Teilaueinandersetzung gegen Abfindungszahlungen, so ist auch in diesem Fall der Erwerb nur insoweit entgeltlich, als die Abfindungszahlungen nicht durch die dem Miterben zustehenden Anteil am noch nicht auseinandergesetzten Nachlaß gedeckt sind. Ob ein Miterbe von den übrigen Miterben entgeltlich oder unentgeltlich erwirbt, kann nicht davon abhängen, ob sich die Miterben über den gesamten

Nachlaß oder nur über Teile davon auseinandersetzen. Maßgebend für die Beurteilung sind die Anteile des Miterben am Nachlaß. Ein unentgeltlicher Erwerb des Miterben ist — unabhängig davon, inwieweit er für den Erwerb Nachlaßvermögen oder eigenes Vermögen tatsächlich einsetzt — in dem Umfang anzunehmen, in dem er wertmäßig am Nachlaß beteiligt ist. Der Senat kehrt mit dieser Rechtsauffassung zu der ursprünglich vom VI. Senat des BFH im Urteil in BFHE 66, 82, BStBl III 1958, 33 vertretenen Rechtsansicht zurück.

Soweit der Erwerb nach den vorstehenden Ausführungen als entgeltlich zu beurteilen ist, hat der erwerbende Miterbe eigene Anschaffungskosten. Hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils sind für die Berechnung der AfA die entsprechenden Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten des Erblassers zugrunde zu legen.

2. Zu Recht hat das FG die von der Klägerin geltend gemachten Schuldzinsen als Werbungskosten anerkannt.

Wird für die Zahlung der Abfindungen an die übrigen Miterben ein Darlehen aufgenommen, so sind die Darlehenszinsen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG als Werbungskosten abziehbar. Dies gilt auch für die Zinsen, die auf den Teil der Abfindungszahlungen entfallen, der nicht zu eigenen Anschaffungskosten des übernehmenden Erben führt. Denn die Abfindung der übrigen Miterben dient dazu, dem übernehmenden Erben die Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zu ermöglichen. Die Darlehensaufnahme hierfür steht in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit künftigen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (vgl. Urteil in BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380).

3. Die Vorentscheidung ist jedoch aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, weil sich mangels tatsächlicher Feststellungen des FG zur Höhe des Gesamtnachlasses nicht beurteilen läßt, ob das FG die AfA zutreffend berechnet hat. Da es sich um eine Teilauseinandersetzung handelte, hängt es vom Wert des noch nicht auseinandergesetzten Nachlasses ab, in welcher Höhe die Abfindungszahlungen als eigene Anschaffungskosten der Klägerin in die AfA-Bemessungsgrundlage eingehen. Der Senat verweist insoweit auf das Urteil in BFHE 66, 82, BStBl III 1958, 33.

Der Senat weicht mit seiner Entscheidung von den Urteilen in BFHE 132, 32, BStBl II 1981, 157 und in BFHE 114, 475, BStBl II 1975, 411 ab. Einer Anrufung des Großen Senats gemäß § 11 Abs. 3 FGO bedarf es gleichwohl nicht, weil die Zuständigkeit des VIII. Senats insoweit ausschließlich auf den erkennenden Senat übergegangen ist (vgl. Urteil vom 28. Juli 1981 VIII R 35/79, BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380).

Der Senat weicht mit seiner Entscheidung nicht von Entscheidungen anderer Senate des BFH ab. Voraussetzung für die einkommensteuerrechtliche Wertung von Erbfall und Erbauseinandersetzung über zum Nachlaß gehöriges Betriebsvermögen als einheitlichen privaten Vorgang ist es, daß der oder die im Rahmen der Erbauseinandersetzung weichende(n) Miterbe(n) in der Zeit nach dem Erbfall nicht durch ihr Verhalten in eigener Person die Tatbestandsmerkmale eines Mitunternehmers i. S. vom § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG erfüllt hat bzw. haben (vgl. Urteil in BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380). Hieraus folgt, daß diese Rechtsauffassung auf solche Fälle beschränkt ist, in denen sich Erbfall und Erbauseinandersetzung auf Betriebsvermögen erstrecken.

22. EStG § 21 Abs. 1 Nr. 1; § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, § 7 (AfA-Berechtigung bei Bestellung eines Vorhaltsnießbrauchs für Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB)

**Überträgt der Ehemann unter Vorbehalt des lebenslangen Nießbrauchs für sich und seine Ehefrau als Gesamtberechtigte i. S. von § 428 BGB ein ihm allein gehörendes bebautes Grundstück, dessen Anschaffungs- oder Herstellungskosten er getragen hat, seinen Kindern, so stehen ihm die Gebäude-AfA in voller Höhe zu, wenn nur er allein den Nießbrauch ausgeübt und den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht hat (Abweichung von den BFH-Urteilen vom 27. Juli 1982 VIII R 176/80, BFHE 136, 466, BStBl II 1983, 6 [= MittBayNot 1983, 35], und vom 11. Oktober 1983 VIII R 200/80, BFHE 140, 175, BStBl II 1984, 266).**

BFH, Urteil vom 24.9.1985 — IX R 62/83 — BStBl II 1986, 12

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger, der mit seiner Ehefrau im Güterstand der Gütertrennung lebt, ist Landwirt. Außerdem erzielte er in den Streitjahren 1975 bis 1978 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus einem mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstück in X. Dieses Grundstück hatte er mit notariellem Vertrag vom 27. Dezember 1973 zu zweien seiner Söhne geschenkt, jedoch hieran sich und seiner Ehefrau als Gesamtberechtigten den unbeschränkten Nießbrauch vorbehalten mit der Verpflichtung, alle mit dem Grundstück zusammenhängenden öffentlichen Lasten und Abgaben, Zins- und Tilgungsleistungen sowie die Instandhaltungskosten zu tragen; der Nießbrauch wurde im Grundbuch eingetragen. Es ist unstreitig, daß der Kläger nach wie vor allein die Mietverträge abschloß, die Erträge auf ein nur ihm zustehendes Bankkonto vereinnahmte sowie die Grundstückskosten trug.

In den Einkommensteuererklärungen 1975 bis 1978 nahm der Kläger für dieses Gebäude weiterhin die Absetzungen für Abnutzung (AfA) in Anspruch. Das Finanzamt folgte dem zunächst mit den unter Vorbehalt der Nachprüfung erlassenen Einkommensteuerbescheiden, stellte sich jedoch nach Durchführung einer Außenprüfung auf den Standpunkt, daß dem Kläger mangels wirtschaftlichen Eigentums keine AfA für das Gebäude zuständen. Dementsprechend änderte das FA die Einkommensteuerbescheide 1975 bis 1977; ebenso nahm es die Veranlagung zur Einkommensteuer 1978 vor. Nach insoweit erfolglosem Einspruch änderte das FA während des Klageverfahrens die angefochtenen Einkommensteuerbescheide erneut dahingehend, daß es die Hälfte der AfA als Werbungskosten berücksichtigte. Diese Bescheide wurden gemäß § 68 FGO Gegenstand des Klageverfahrens. Das Finanzgericht gab der Klage statt.

Hiergegen richtet sich die Revision des FA.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet.

Werbungskosten kann bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nur abziehen, wer den Tatbestand dieser Einkunftsart verwirklicht. Die Geltendmachung von AfA setzt außerdem voraus, daß der Steuerpflichtige die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts getragen hat (vgl. insbesondere die Urteile in BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380, und vom 23. Oktober 1984 IX R 48/80, BFHE 143, 313, BStBl II 1985, 453) oder unentgeltlicher Rechtsnachfolger dessen geworden ist, der die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hat. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Vorhaltsnießbraucher die AfA auch in Anspruch nehmen, wenn er nicht wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks geblieben ist (BFH-Urteile vom 28. Juli 1981 VIII R 124/76, BFHE 134, 130, BStBl II 1982, 378 [= MittBayNot 1982, 45], und vom 7. Dezember 1982 VIII R 153/81, BFHE 138, 180, BStBl II 1983, 627). Im vorliegenden Fall hat der Kläger nach den unangegriffenen Feststellungen des FG als Vorhaltsnießbraucher allein

den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht und damit allein aus dem Grundstück Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Der Senat geht auch davon aus, daß der Kläger als vorheriger Grundstückseigentümer entweder die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes selbst getragen hat oder Rechtsnachfolger des Bauherrn gewesen ist.

Der Kläger ist befugt, die AfA in voller Höhe in Anspruch zu nehmen, obwohl auch seiner Ehefrau an dem Grundstück ein Zuwendungsnießbrauch bürgerlich-rechtlich wirksam bestellt wurde. Denn dieser Zuwendungsnießbrauch ist in den Streitjahren ertragsteuerlich nicht zu beachten.

Das FG vertritt zutreffend den Standpunkt, daß der Kläger den Nießbrauch als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB in voller Höhe für sich in Anspruch genommen hat. Nach allgemeiner Auffassung kann ein Nießbrauch zugunsten von Gesamtgläubigern bestellt werden (vgl. BGH, NJW 1981, 176, m.w.N. [= MittBayNot 1980, 205]). Der im vorliegenden Fall abgeschlossene notarielle Vertrag läßt sich nach seinem Wortlaut und der Interessenlage der Beteiligten mit dem FG dahin auslegen (vgl. noch *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 44. Aufl., § 1030 Anm. 3 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. Mai 1937 V 273/36, Höchststrichterliche Rechtsprechung 1937 Nr. 1443), daß der Nießbrauch für den Kläger und seine Ehefrau als Gesamtberechtigte i. S. des § 428 BGB bestellt wurde. Das FA hat hiergegen auch keine Einwendungen erhoben.

Die Ehefrau des Klägers hat am Tatbestand der Einkunfts-erzielung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG nicht mitgewirkt, weil der zu ihren Gunsten bestellte Zuwendungsnießbrauch noch nicht tatsächlich durchgeführt wurde. Daß es zur einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung eines Nießbrauchs dessen tatsächlicher Durchführung zwingend bedarf, ist ständige Rechtsprechung (vgl. insbesondere die BFH-Urteile vom 11. März 1976 VIII R 225/71, BFHE 119, 244, BStBl II 1976, 613 m.w.N. [= MittBayNot 1977, 37], und vom 13. Mai 1980 VIII R 63/79, BFHE 131, 212, BStBl II 1981, 295 [= MittBayNot 1980, 226]). Bei einem bestehenden Mietverhältnis ist daher die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme erforderlich (BFH-Beschluß vom 19. September 1978 VIII B 73/77, BFHE 126, 34, BStBl II 1979, 42, und BFH-Urteil vom 26. April 1983 VIII R 205/80, BFHE 138, 242, BStBl II 1983, 502 [= MittBay-Not 1983, 261]).

Die Einkünfte sind also nach wie vor nur dem Kläger als Nießbraucher zuzurechnen, was zur Folge hat, daß die vom Kläger getragenen Werbungskosten einschließlich der AfA bei ihm uneingeschränkt anzusetzen sind.

Allerdings hat der VIII. Senat des BFH in den Urteilen in BFHE 136, 466, BStBl II 1983, 6 [= MittBayNot 1983, 35] und vom 11. Oktober 1983 VIII R 200/80 (BFHE 140, 175, BStBl II 1984, 266) ausgesprochen, daß gemeinschaftlich Nießbrauchsberechtigte die AfA nur je zur Hälfte in Anspruch nehmen könnten, weil sie Miteigentümern vergleichbar seien, denen die AfA grundsätzlich nur auf die ihrem Anteil entsprechenden Anschaffungs- oder Herstellungskosten zuzurechnen (Hinweis auch auf BFH-Urteil vom 27. Juni 1978 VIII R 168/73, BFHE 125, 532, 533, BStBl II 1978, 674). Daran ändere sich auch dann nichts, wenn der Vorbehaltsnießbraucher alleiniger Vermieter des Grundstücks sei und ihm die gesamten Mieterträge zuzurechnen seien, weil er seine Nutzungsmöglichkeit zum Teil aus dem Recht der Zuwendungsnießbraucherin herleite. Denn die AfA seien an die Nutzung des Grundstücks aus eigenem Recht geknüpft. Dem vermag der erkennende Senat für den vorliegenden Fall nicht zu folgen.

Ist der Nießbrauch den Mitberechtigten als Gesamtgläubigern gemäß § 428 BGB bestellt und hat ihn nur der Kläger ausgeübt, so leitet er seine Nutzungsmöglichkeit nicht zum Teil aus dem Recht der Zuwendungsnießbraucherin, sondern, wie sich aus dem Rechtsgedanken des § 428 BGB ergibt, in voller Höhe aus eigenem Recht ab. Ferner hat der erkennende Senat Bedenken gegen die vom VIII. Senat vorgenommene Übertragung der Rechtsgrundsätze in der Beurteilung der AfA-Berechtigung bei Miteigentümern auf den Fall, daß Nießbraucher die Rechtsstellung von Gesamtgläubigern nach § 428 BGB haben. Soweit der VIII. Senat auf das Urteil in BFHE 125, 532, BStBl II 1978, 674 zurückgreift, könnte dieses insoweit, als dort die AfA-Berechtigung demjenigen zugebilligt wird, der den Wertverzehr des Wirtschaftsguts trägt, durch die neuere Rechtsprechung seit dem Urteil in BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380 [= MittBayNot 1982, 45] überholt sein.

Einer Anrufung des Großen Senats des BFH gemäß § 11 Abs. 3 FGO wegen Abweichung von der Rechtsprechung des VIII. Senats bedarf es nicht, weil der erkennende Senat für die Einkunftsart der Vermietung und Verpachtung allein zuständig ist.

23. EStG § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, § 7 Abs. 4, § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, § 12, § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 (*Werbungskostenbegrenzung bei Nutzungsrechten Dritter*)

**1. Übertragen Eltern ein Grundstück unter Vorbehalt eines obligatorischen Nutzungsrechts bürgerlich-rechtlich wirksam auf ihre Kinder und vermieten sie anschließend das Grundstück aufgrund des vorbehaltenen Nutzungsrechtes an ihre Kinder, so sind das Nutzungsrecht und das Mietverhältnis grundsätzlich auch steuerrechtlich anzuerkennen.**

**2. Bewohnt jemand, der sein Mehrfamilienhaus unter dem Vorbehalt eines obligatorischen Nutzungsrechts veräußert hat, eine Wohnung in diesem Mehrfamilienhaus selbst, so ist ihm der Nutzungswert der Wohnung nach § 21 Abs. 2 2. Alternative EStG zuzurechnen. Der obligatorisch Nutzungsberechtigte ist nicht befugt, die AfA von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend zu machen.**

**3. Ist der Nutzungswert einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus nach den Grundsätzen des BFH-Urteils vom 29. November 1983 VIII R 215/79 (BFHE 140, 199, BStBl II 1984, 366 [= MittBayNot 1984, 153]) dem Nutzenden zuzurechnen, so ist der Eigentümer des Mehrfamilienhauses hinsichtlich der unentgeltlich überlassenen Wohnung nicht zur Inanspruchnahme der AfA und anderer Werbungskosten befugt.**

BFH, Urteil vom 30.7.1985 — VIII R 71/81 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger erwarb durch notariell beurkundeten Vertrag vom 3. Juli 1970 von seinem Vater unentgeltlich ein Grundstück mit Gebäude, Besitz, Nutzungen, Gefahr und Lasten einschließlich aller Verpflichtungen aus den das Grundstück betreffenden Versicherungen sollten mit Wirkung vom 1. Juli 1970 auf den Kläger übergehen. Dem Veräußerer wurde ein Nießbrauch an dem Grundstück bestellt, der zunächst nicht im Grundbuch eingetragen werden sollte, dessen Eintragung der Berechtigte aber jederzeit veranlassen konnte. Die Eintragung unterblieb.

Der Kläger nutzte 1/3 des Grundstücks für eigengewerbliche Zwecke und zahlte dafür aufgrund eines mündlich vereinbarten Mietvertrags an seinen Vater ab 1. Juli 1970 monatlich 150 DM, die er bei seinen

Einkünften aus Gewerbebetrieb als Betriebsausgaben behandelte. Den anderen Teil des Grundstücks nutzten der Kläger und sein Vater zu Wohnzwecken. Einkünfte daraus wurden nicht erklärt.

Nach einer Betriebsprüfung kam das Finanzamt zu der Auffassung, daß die Nießbrauchsbestellung steuerrechtlich unbeachtlich sei. Deshalb seien „Mietzahlungen“ an den Vater des Klägers keine Betriebsausgaben und die Einkünfte aus dem Grundstück dem Kläger zuzurechnen. Die Grundstücksaufwendungen einschließlich der Absetzung für Abnutzung seien entsprechend der Nutzung zu 1/3 bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb als Betriebsausgaben und zu 2/3 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abziehbar. Dementsprechend ergingen Einkommensteuerbescheide für 1970 und 1971.

Die Klage hatte zum Teil Erfolg. Das Finanzgericht führte aus: Der Kläger könne in den Streitjahren 1970 und 1971 bei seinen Einkünften aus Gewerbebetrieb Mietzahlungen an den Vater als Betriebsausgaben und im Rahmen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung — ohne Zurechnung von Einnahmen — die von ihm getragenen Grundstücksaufwendungen einschließlich der AfA als vorab entstandene Werbungskosten abziehen.

Die Revision des FA führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

#### Aus den Gründen:

1. Der Senat teilt die Ansicht des FG, daß der Kläger die Mietzahlungen an seinen Vater als Betriebsausgaben bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb absetzen kann (§ 4 Abs. 4 EStG).

a) Übertragen Eltern Vermögenswerte unter Vorbehalt des Nießbrauchsrechts bürgerlich-rechtlich wirksam auf ihre Kinder und vermieten sie die Vermögenswerte aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs an ihre Kinder, so sind nach ständiger Rechtsprechung des BFH das Nießbrauchs- und das Mietverhältnis grundsätzlich steuerrechtlich anzuerkennen (vgl. Urteile vom 8. August 1969 VI R 299/67, BFHE 96, 473, BStBl II 1969, 683; vom 17. Januar 1975 III R 114/73, BFHE 114, 573, BStBl II 1975, 402; vom 24. März 1976 I R 138/73, BFHE 119, 44, BStBl II 1976, 537 [= MittBayNot 1976, 190], und vom 22. Juli 1980 VIII R 114/78, BFHE 131, 429, BStBl II 1981, 101). Voraussetzung ist, daß der Nießbrauch und das Mietverhältnis ernsthaft vereinbart und tatsächlich durchgeführt worden sind und daß die Vereinbarungen nicht den Charakter einer Versorgungsabrede haben (BFHE 131, 429, BStBl II 1981, 101). Dem Vorbehalt eines Nießbrauchs steht der Vorbehalt eines bürgerlich-rechtlich wirksam vereinbarten obligatorischen Nutzungsrechts insoweit gleich (Urteil des FG München vom 26. Mai 1982 IX 317/80 F, EFG 1983, 24; Urteil des FG Baden-Württemberg vom 19. November 1982 IX 46/79, EFG 1984, 29; *Hutter* in Deutsche Steuerzeitung — DStZ — 1981, 47, 50; *Plückebaum* in Finanz-Rundschau — FR — 1981, 181, 184; *Schellenberger* in Deutsches Steuerrecht — DStR — 1981, 395, 399, 401 f.; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 3. Aufl., § 21 Anm. 4 c; anderer Ansicht: Tz.53 des BMF-Schreibens vom 23. November 1983, BStBl I 1983, 508; 512; *Seithel*, Die einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs, 2. Aufl., 1984, S. 40 ff.).

Denn es macht steuerrechtlich keinen Unterschied, ob sich die Berechtigung zum Abschluß eines Mietvertrags aus einem Nießbrauch i.S. der §§ 1030 ff. BGB oder aus einem nur schuldrechtlich vereinbarten Nutzungsrecht mit dem Inhalt eines Nießbrauchs ergibt (so bereits *Ruppe* in *Tipke* — Hrsg. —, Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, 1978, S. 7, 21). Soweit gegen diese Auffassung eingewendet wird, sie führe zu einer Aushöhlung des Abzugsverbots des § 12 Nr. 2 EStG (*Seithel*, a.a.O.), kann dem nicht gefolgt werden. Die Vorschrift des § 12 Nr. 2 EStG regelt nicht die Zu-

rechnung von Einkünften, sondern besagt nur, daß (dem Steuerpflichtigen aufgrund anderer Vorschriften zugerechnete) Einkünfte, die gemäß § 12 Nr. 2 EStG verwendet werden, das Einkommen des Steuerpflichtigen nicht mindern dürfen. Soweit der Senat in seinem Urteil vom 11. April 1978 VIII R 164/77 (BFHE 125, 155, BStBl II 1978, 493) eine andere Auffassung vertreten hat, ist diese durch die neuere Rechtsprechung des BFH überholt (vgl. Urteil vom 29. November 1983 VIII R 215/79, BFHE 140, 199, BStBl II 1984, 366, [= MittBayNot 1984, 155] m.w.N.).

b) Im vorliegenden Fall hat das FG zu Recht angenommen, daß sich der Vater des Klägers durch notariell beurkundeten Vertrag vom 3. Juli 1970 bürgerlich-rechtlich wirksam ein obligatorisches Nutzungsrecht am übertragenen Grundstück vorbehalten hat. Gegen die Zulässigkeit eines nur schuldrechtlich wirksamen Nutzungsrechts mit dem Inhalt eines Nießbrauchs bestehen keine Bedenken. Insbesondere stehen die §§ 1030 ff. BGB der Gültigkeit einer solchen Vereinbarung nicht entgegen. Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, daß durch eine schuldrechtliche Vereinbarung die gleichen Rechte und Pflichten begründet werden können, wie sie sich aus dinglichen Rechtspositionen ergeben. Die Wirkungen eines solchen Vertrags sind allerdings auf die am Vertragsabschluß beteiligten Personen beschränkt (BGH-Urteil vom 10. Juni 1966 V ZR 170/63, WM 1966, 1022). Ein schuldrechtliches Nutzungsrecht kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Eintragung des vereinbarten Nießbrauchs im Grundbuch unterblieben und anzunehmen ist, daß die Vertragspartner die Bestellung des Nießbrauchs auch ohne Grundbucheintragung gelten lassen wollen (*Staudinger/Promberger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Vorbemerkung zu §§ 1030 ff., Anm. 16). Davon ist im Streitfall auszugehen. Wie sich aus II Nr. 2 des Vertrages ergibt, bestand zwischen dem Kläger und seinem Vater Einigkeit darüber, daß der Nießbrauch zunächst nicht eingetragen werden, der Vater des Klägers aber das Recht haben sollte, jederzeit die Grundbucheintragung zu veranlassen. Diese Vereinbarung läßt erkennen, daß dem Vater des Klägers die Rechte aus dem vereinbarten Nutzungsrecht unabhängig von der Grundbucheintragung bereits mit dem Vertragsabschluß zustehen sollten.

Bedenken gegen die Wirksamkeit des obligatorischen Nutzungsrechts bestehen auch nicht im Hinblick auf die unter I Nr. 3 des Vertrags getroffene Regelung, daß der Besitz und die Nutzungen, die Gefahr und die Lasten mit Wirkung vom 1. Juli 1970 auf den Erwerber übergehen. Soweit der Übergang sämtlicher Grundstückslasten auf den Kläger vereinbart ist, ist die Abrede schon deshalb als zulässig anzusehen, weil auch bei der Bestellung eines (dinglichen) Nießbrauchs die Vorschriften der §§ 1045, 1047 BGB abbedungen werden können. Auch hinsichtlich des vereinbarten Besitzübergangs ist die Regelung unter I Nr. 3 des Vertrags nicht zu beanstanden. Der Vater des Klägers war durch diese Vereinbarung nicht gehindert, sein Nutzungsrecht auszuüben. Die Einräumung des unmittelbaren Besitzes ist für die Begründung eines wirksamen (dinglichen oder obligatorischen) Nutzungsrechts nicht erforderlich. Es genügt, daß der Nutzungsberechtigte den mittelbaren Besitz erwirbt (BGH-Urteil vom 29. April 1954 IV ZR 152/53, LM Nr. 1 zu § 2203 BGB). Auch die Regelung, daß die Nutzungen aus dem Grundstück zum 1. Juli 1970 auf den Kläger übergehen sollen, rechtfertigt nicht den Schluß, das unter II des Vertrags eingeräumte Nutzungsrecht sei nicht ernsthaft gewollt.

Die in I Nr. 3 des Vertrags gebrauchte Formel wird in Grundstückskaufverträgen üblicherweise verwendet, um den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber festzulegen. Sie kann im Streitfall nicht dahin verstanden werden, daß die Nutzungen aus dem Grundstück — in Widerspruch zu der unter II getroffenen Vereinbarung — dem Kläger zustehen sollten. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Vertragsbeteiligten mit der Formulierung in I Nr. 3 des Vertrags lediglich zum Ausdruck bringen wollten, daß der Kläger zum 1. Juli 1970 die Rechte aus dem Eigentum insoweit — aber auch nur insoweit — erwerben sollte, als dies mit dem unter II des Vertrags vorbehaltenen Nutzungsrecht vereinbar war.

Die Wirksamkeit der Vereinbarung eines obligatorischen Nutzungsrechts kann schließlich auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, daß im Vertrag vom 3. Juli 1970 eine ausdrückliche Regelung über die Dauer des Nutzungsrechts fehle. Das FG ist insoweit zu Recht davon ausgegangen, daß dem Vater des Klägers ein lebenslängliches Nutzungsrecht am Grundstück eingeräumt werden sollte. Der Zweck des Vertrags und die Interessenlage der Beteiligten sprechen für eine solche (ergänzende) Vertragsauslegung. Die Übertragung des Grundstücks unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts erfolgte offenbar im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. In derartigen Fällen entspricht es regelmäßig dem Willen der Vertragspartner, dem Veräußerer die Nutzungen des Grundstücks auf Lebenszeit zu erhalten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Veräußerer — wie im Streitfall — im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung nicht mehr im erwerbsfähigen Alter steht. Der Wille der Vertragsbeteiligten, dem Vater des Klägers das Nutzungsrecht auf Lebenszeit einzuräumen, ergibt sich auch aus der Vereinbarung unter II Nr. 2 des Vertrags, nach der der Vater des Klägers berechtigt ist, „jederzeit“ die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch zu veranlassen.

c) Dem FG ist auch darin zu folgen, daß im Streitfall alle zivilrechtlichen Konsequenzen aus der Bestellung des obligatorischen Nutzungsrechts gezogen wurden. Der Vater des Klägers konnte die Nutzungen dadurch tatsächlich ziehen, daß er einen Teil des Grundstücks für eigene Wohnzwecke nutzte, einen weiteren Teil dem Kläger und seiner Familie zum Gebrauch überließ und den gewerblich genutzten Grundstücksteil an den Kläger vermietete.

Die Tatsache, daß sich der Kläger zur Übernahme der Steuern, Abgaben und Versicherungen sowie der Reparatur- und Instandhaltungskosten verpflichtet hat, steht der steuerlichen Anerkennung des obligatorischen Nutzungsrechts und des Mietverhältnisses nicht entgegen (BFHE 96, 473, BStBl II 1969, 683; BFHE 119, 44, BStBl II 1976, 537 [= MittBayNot 1976, 190]; Urteil vom 13. Mai 1980 VIII R 128/78, BFHE 131, 216, BStBl II 1981, 299 [= MittBayNot 1980, 226]).

Die tatsächliche Durchführung des obligatorischen Nutzungsrechts kann auch nicht mit der Erwägung in Zweifel gezogen werden, der Vater des Klägers habe durch die Überlassung einer Wohnung an den Kläger insoweit auf die Nutzung verzichtet. Es steht dem Nutzungsberechtigten im Rahmen seiner Dispositionsbefugnis grundsätzlich frei, ob er die mit dem Nutzungsrecht belastete Sache selbst nutzen oder sie entgeltlich oder unentgeltlich einem Dritten zum Gebrauch überlassen will. „Dritter“ in diesem Sinne kann auch der Eigentümer sein (vgl. zum Nießbrauch: BGH-Urteile vom 18. Dezember 1970 V ZR 31/68, BGHZ 55, 111, und in LM, Nr. 1 zu § 2203 BGB). Der IV. Senat des BFH hat allerdings in seiner Entscheidung vom 11. März 1976 IV R 119/72 (BFHE

118, 356, BStBl II 1976, 421) die Ansicht vertreten, ein einkommensteuerrechtlich zu beachtender Nießbrauch sei zu verneinen, wenn nicht der Nießbraucher, sondern der Eigentümer die Nutzungen der belasteten Sache ziehe. Denn anders als bei der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einen Dritten sei bei der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an den Eigentümer des belasteten Gegenstandes eine zuverlässige Abgrenzung zu den Fällen, in denen der Eigentümer in Wahrheit nur bestimmte laufende Zahlungen aus seinem Einkommen an den Nießbraucher leiste, nicht mehr möglich. Im Urteilsfall war zweifelhaft, ob Pachtzinsen dem Nießbraucher oder dem Eigentümer zuzurechnen waren. Anders als in der Sache in BFHE 118, 356, BStBl II 1976, 421 bestehen im Streitfall keine Abgrenzungsschwierigkeiten mit den Fällen des § 12 Nr. 2 EStG. Nach der neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. BFHE 140, 199, BStBl II 1984, 366 [= MittBayNot 1984, 155]) spielt die Vorschrift des § 12 EStG keine Rolle für die Entscheidung der Frage, wem der Nutzungswert einer Wohnung zuzurechnen ist, die einem Dritten unentgeltlich zum Gebrauch überlassen wurde. Die Zurechnung bestimmt sich vielmehr allein danach, ob der tatsächlich Nutzende eine gesicherte Rechtsposition innehat oder ob ihm der Gebrauch der Wohnung jederzeit entzogen werden kann.

Zweifel an der tatsächlichen Durchführung eines (dinglichen oder obligatorischen) Nutzungsrechts sind im Fall der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung an den Eigentümer allerdings dann begründet, wenn dem Nutzungsberechtigten keine wesentliche Dispositionsbefugnis hinsichtlich der belasteten Sache zusteht. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Eigentümer einseitig Dauer und Inhalt des Nutzungsrechts bestimmen kann oder wenn der Nutzungsberechtigte mit dem Eigentümer einen unkündbaren oder auf Lebensdauer bemessenen Leihvertrag abgeschlossen hat. Im Streitfall sind nach den tatsächlichen Feststellungen des FG keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Dispositionsbefugnis des Vaters des Klägers derart eingeeengt war. Dieser hatte sich das Nutzungsrecht anlässlich der Übertragung des Eigentums am Grundstück auf den Kläger vorbehalten; er konnte somit selbst Dauer und Inhalt des Nutzungsrechts bestimmen. Das FG hat auch nicht festgestellt, daß der Kläger die ihm überlassene Wohnung auf Lebenszeit seines Vaters unentgeltlich nutzen konnte.

d) Nach den tatsächlichen Feststellungen des FG ist davon auszugehen, daß der Mietvertrag zwischen dem Kläger und seinem Vater den Anforderungen entspricht, die fremde Dritte an die Klarheit und Eindeutigkeit von Vereinbarungen stellen. Der Gegenstand des Mietverhältnisses und die Höhe der monatlich zu entrichtenden Miete sind in dem — formlos abgeschlossenen — Mietvertrag mit hinreichender Klarheit festgelegt. Den Feststellungen des FG ist allerdings nicht zu entnehmen, ob auch die Dauer des Mietverhältnisses vertraglich geregelt war. Der Mietvertrag wäre jedoch selbst dann ausreichend bestimmt, wenn eine Vereinbarung über die Mietzeit fehlen sollte. Das Mietverhältnis besteht auch dann auf unbestimmte Zeit und endet erst durch Kündigung gemäß §§ 564 Abs. 2, 565 BGB.

e) Das FG hat nicht untersucht, ob Leistung und Gegenleistung aus dem Mietvertrag in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen oder ob die Zahlungen des Klägers an seinen Vater als Versorgungsleistungen zu beurteilen sind (vgl. BFHE 96, 473, BStBl II 1969, 683; BFHE 119, 44, BStBl II 1976, 537; BFHE 131, 429, BStBl II 1981, 101). Der Senat kann

die vom FG unterlassene Prüfung selbst vornehmen, da das FG die hierfür notwendigen tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. ... (wird vom BFH i. E. bejaht).

Die steuerrechtliche Anerkennung des Mietverhältnisses hat zur Folge, daß der Kläger nicht nur die laufenden Mietzahlungen als Betriebsausgaben absetzen kann, sondern auch die sonstigen Grundstücksaufwendungen, soweit sie auf die gewerblich genutzten Räume entfallen (BFHE 96, 473, BStBl II 1969, 683). Unabhängig von der steuerrechtlichen Anerkennung des Mietverhältnisses ist der Kläger gemäß § 4 Abs. 4, § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG berechtigt, die AfA für den betrieblich genutzten Teil des Gebäudes in Anspruch zu nehmen, da es sich insoweit um Betriebsvermögen handelt. Die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung der AfA ist nicht durch eine AfA-Befugnis des Nutzungsberechtigten ausgeschlossen (s. unter 4. b.).

2. Das FG hat im Ergebnis zutreffend entschieden, daß der Kläger den Nutzungswert der von seinem Vater genutzten Wohnung nicht zu versteuern hat. Der Vater des Klägers nutzt diese Wohnung unentgeltlich aufgrund seines vorbehaltenen lebenslänglichen obligatorischen Nutzungsrechts, also aufgrund einer gesicherten Rechtsposition i. S. des Urteils in BFHE 140, 199, BStBl II 1984, 366 [= MittBayNot 1984, 153]. Der Nutzungswert ist dem Vater des Klägers nach § 21 Abs. 2 2. Alternative EStG zuzurechnen. Anders als in den Fällen des Vorbehaltsnießbrauchs (vgl. BFH-Urteile vom 7. Dezember 1982 VIII R 153/81, BFHE 138, 180, BStBl II 1983, 627, und vom 11. Oktober 1983 VIII R 200/80, BFHE 140, 175, BStBl II 1984, 266) ist der Nutzungswert der eigengenutzten Wohnung beim obligatorisch Nutzungsberechtigten nicht nach der 1. Alternative des § 21 Abs. 2 EStG zu erfassen. Denn der obligatorisch Nutzungsberechtigte nutzt die Wohnung — anders als der Vorbehaltsnießbraucher — nicht „ununterbrochen aufgrund eigenen Rechts“ (BFH-Urteil vom 28. Juli 1981 VIII R 35/79, BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380 [= MittBayNot 1982, 46]), sondern aufgrund einer dauernden Leistung des neuen Eigentümers (s. unten unter 4. b.); vgl. auch *Wolff-Diepenbrock*, DStR 1983, 250, 252, unter 3., und *Plückebaum*, FR 1984, 496, 498).

3. Der Senat kann aufgrund der bisherigen Feststellungen des FG nicht abschließend entscheiden, ob auch der Nutzungswert der vom Kläger selbstgenutzten Wohnung — wie das FG angenommen hat — dem Vater des Klägers zuzurechnen ist. Der Nutzungswert dieser Wohnung kann dem Kläger jedenfalls nicht nach § 21 Abs. 1 1. Alternative EStG zugerechnet werden. Zwar nutzt der Kläger eine Wohnung im eigenen Haus. Die Nutzung beruht jedoch nicht auf seiner Rechtsstellung als Eigentümer, sondern auf einer unentgeltlichen Überlassung der Wohnung durch den Nutzungsberechtigten, so daß § 21 Abs. 2 1. Alternative EStG nicht eingreifen kann (BFHE 96, 473, 479, BStBl II 1969, 683).

Ob der Kläger den Nutzungswert der eigengenutzten Wohnung nach der 2. Alternative des § 21 Abs. 2 EStG zu versteuern hat, richtet sich nach den Grundsätzen der Urteile in BFHE 140, 199, BStBl II 1984, 366 und vom 29. November 1983 VIII R 184/83 (BFHE 140, 203, BStBl II 1984, 371 [= MittBayNot 1984, 155]). Danach ist der Nutzungswert einer unentgeltlich überlassenen Wohnung dem Nutzenden zuzurechnen, wenn er eine gesicherte Rechtsposition innehat. Ob diese Voraussetzung in der Person des Klägers erfüllt ist, kann der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht selbst entschei-

den. Die Vorentscheidung ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

4. a) Sollten die Feststellungen des FG ergeben, daß dem Kläger die Nutzung der Wohnung durch seinen Vater jederzeit entzogen werden konnte, so ist der Nutzungswert nicht ihm, sondern seinem Vater gemäß § 21 Abs. 2 2. Alternative EStG zuzurechnen. Der Kläger kann in diesem Fall auch nicht die geltend gemachten Grundstücksaufwendungen und die AfA als Werbungskosten bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abziehen. Denn Werbungskosten kann nur geltend machen, wer Einnahmen im Rahmen einer Einkunftsart erzielt (BFHE 131, 216, BStBl II 1981, 299; BFHE 140, 203, BStBl II 1984, 371 [= MittBayNot 1984, 155]). Ein Werbungskostenabzug kommt in diesem Fall auch nicht unter dem Gesichtspunkt vorweggenommener Werbungskosten in Betracht. Der abweichenden Ansicht des FG, das vorweggenommene Werbungskosten jedenfalls dann anerkennen will, wenn das Nutzungsrecht — wie im vorliegenden Fall — zugunsten einer bereits in fortgeschrittenem Alter stehenden Person bestellt wurde, kann nicht gefolgt werden.

Die Anerkennung vorab entstandener Werbungskosten setzt voraus, daß ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und den Einnahmen aus einer bestimmten Einkunftsart besteht (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 29. Februar 1980 VI R 165/78, BFHE 130, 282, BStBl II 1980, 395; vom 8. Februar 1983 VIII R 130/79, BFHE 138, 195, BStBl II 1983, 554, und vom 29. November 1983 VIII R 160/82, BFHE 140, 216, BStBl II 1984, 307). Daran fehlt es regelmäßig, wenn im Zeitpunkt der Bewirkung der Aufwendungen noch völlig ungewiß ist, wann es zur Erzielung von Einkünften aus einer bestimmten Einkunftsart kommen wird. Aufwendungen des Eigentümers auf das Grundstück können deshalb während der Laufzeit eines auf Lebensdauer des Berechtigten bestellten dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechts grundsätzlich nicht als (vorweggenommene) Werbungskosten abgezogen werden (vgl. BFH-Urteil vom 7. Dezember 1982 VIII R 166/80, BFHE 139, 23, 26, BStBl II 1983, 660).

b) Sollten die Feststellungen des FG ergeben, daß der Kläger den Nutzungswert der von ihm selbstgenutzten Wohnung zu versteuern hat, so kann er grundsätzlich die AfA und die sonstigen Grundstücksaufwendungen als Werbungskosten geltend machen. Denn in diesem Fall stehen die von ihm erbrachten Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erzielung von Einnahmen i. S. des § 21 Abs. 2 EStG.

Die AfA-Berechtigung des Klägers, der selbst keine Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Gebäude aufgewendet hat, folgt aus § 11 d der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV). Danach bemessen sich die AfA bei Wirtschaftsgütern, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören und die der Steuerpflichtige unentgeltlich erworben hat, grundsätzlich nach den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Rechtsvorgängers.

Die Grundsätze des Urteils in BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380 stehen der AfA-Berechtigung des Klägers nicht entgegen. Dort ist entschieden, daß bei der Übertragung eines Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs der Vorbehaltsnießbraucher die AfA in Anspruch nehmen kann, wenn er das Grundstück zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nutzt (ebenso BFH-Urteile vom 27. Juli 1982 VIII R 176/80, BFHE 136, 466, BStBl II 1983, 6 [= MittBayNot 1983, 35]; in BFHE 138, 180, BStBl II 1983, 672, und in BFHE 140, 175, BStBl II 1984, 266).

Nach dieser Rechtsprechung hat der Vorbehaltsnießbraucher deshalb die AfA-Befugnis, weil er die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Wirtschaftsgut getragen hat und der Zusammenhang zwischen diesen Kosten einerseits und der Nutzung des Wirtschaftsguts zur Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen andererseits durch die Übertragung des Eigentums an dem Wirtschaftsgut nicht unterbrochen worden ist (vgl. *Wolff-Diepenbrock*, DStR 1983, 250, 254 und DStZ 1982, 331, 336). Der Vorbehaltsnießbraucher nutzt den übereigneten Gegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtung nach der Übereignung nicht aufgrund eines vom Erwerber abgeleiteten, sondern ununterbrochen aufgrund eigenen Rechts (BFHE 134, 130, BStBl II 1982, 378; BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380). Die Annahme, daß der neue Eigentümer von vornherein belastetes Eigentum erwirbt, erscheint insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil sich der frühere Eigentümer schon vor der Veräußerung den Nießbrauch am eigenen Grundstück hätte bestellen können (BFHE 138, 180, BStBl II 1983, 627, m. w. N.). Diese Erwägung trifft nicht zu, wenn sich der Veräußerer — wie im Streitfall — nur ein obligatorisches Nutzungsrecht vorbehalten hat. Denn die Begründung obligatorischer Rechte am eigenen Grundstück ist nicht möglich. Die Entstehung eines Schuldverhältnisses setzt nämlich voraus, daß ein Gläubiger und ein Schuldner vorhanden sind (BGH-Urteile vom 1. Juni 1967 II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 218; vom 11. Dezember 1981 V ZR 222/80, NJW 1982, 2381). Der obligatorisch Nutzungsberechtigte ist zwar im Verhältnis zum Eigentümer in gleicher Weise zur Nutzung des Grundstücks berechtigt wie bei Vereinbarung eines (dinglichen) Nießbrauchs. Er nutzt den belasteten Gegenstand jedoch — anders als der Vorbehaltsnießbraucher — nicht ununterbrochen aufgrund eigenen Rechts, sondern aufgrund eines vom neuen Eigentümer abgeleiteten (schuldrechtlichen) Nutzungsrechts (*Wolff-Diepenbrock*, DStR 1983, 250, 252 unter 3.). In diesem Fall ist der notwendige Zusammenhang zwischen den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Nutzung des Grundstücks zur Erzielung von Einnahmen unterbrochen.

Der Kläger kann ggf. die AfA nur von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten vornehmen, die auf die von ihm selbstgenutzte Wohnung entfallen. Dabei kann dahinstehen, ob Bemessungsgrundlage der AfA im Streitfall der gesamte zu Wohnzwecken genutzte Teil des Gebäudes ist oder ob es sich bei der selbstgenutzten und der unentgeltlich überlassenen Wohnung um zwei selbstständige Wirtschaftsgüter handelt, die jeweils einer gesonderten Abschreibung unterliegen (vgl. Abschn. 13 b Abs. 2 Satz 1 EStR 1981). Denn die Begrenzung der AfA-Befugnis des Klägers ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Werbungskostenbegriff des § 9 Abs. 1 EStG.

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH kommen als Werbungskosten nur solche Aufwendungen in Betracht, die durch die Erzielung von Einnahmen aus einer Einkunftsart i. S. des § 2 Abs. 1 Nrn. 4 bis 7 EStG veranlaßt sind. Die Aufwendungen müssen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit Einnahmen stehen (vgl. z. B. die Urteile des Senats vom 10. März 1981 VIII R 195/77, BFHE 133, 189, BStBl II 1981, 470; vom 21. Juli 1981 VIII R 154/76, BFHE 134, 113, BStBl II 1982, 37; vom 19. Januar 1982 VIII R 102/78, BFHE 135, 434, BStBl II 1982, 533; in BFHE 139, 23, 26, BStBl II 1983, 660).

An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Eigentümer Aufwendungen für eine Wohnung trägt, deren Nutzungswert einkommensteuerrechtlich einem Dritten zuzurechnen ist (so auch *Stephan*, DB 1984, 1797, 1803; *Friele/Spiegels*, Die

steuerliche Betriebsprüfung 1984, 145; *Meyer*, DStR 1984, 423). Sind — wie im Streitfall — im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung Einkünfte aus einem Mehrfamilienhaus verschiedenen Steuerpflichtigen zuzurechnen und fallen diese Einkünfte in verschiedenen Unterarten des § 21 EStG an, so ist der Überschuß der Einnahmen über die Werbungskosten für jeden Steuerpflichtigen gesondert zu ermitteln (BFHE 140, 203, BStBl II 1984, 371). Bei der Ermittlung der Einkünfte sind nach den oben dargestellten Grundsätzen nur solche Aufwendungen des Steuerpflichtigen als Werbungskosten zu berücksichtigen, die mit der Erzielung von Einnahmen aus dem von ihm verwirklichten Einzelatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung zusammenhängen. Soweit Aufwendungen des Eigentümers im Zusammenhang mit Einnahmen stehen, die dem dinglich oder obligatorisch Nutzungsberechtigten zuzurechnen sind, sind sie vom Werbungskostenabzug ausgeschlossen. Das gilt auch für die AfA (BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380; BFHE 139, 23, 26, BStBl II 1983, 660). Soweit der Senat im Urteil in BFHE 140, 203, BStBl II 1984, 371 [= *MittBayNot* 1984, 155] aus Vereinfachungsgründen etwas anderes entschieden hat, hält er daran nicht mehr fest. Der IX. Senat des BFH, der für die in diesem Urteil behandelte Rechtsfrage nunmehr zuständig ist, hat der Abweichung von der Entscheidung in BFHE 140, 203, BStBl II 1984, 371 [= *MittBayNot* 1984, 155] zugestimmt.

24. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Nr. 2 (*Zur Abzugsfähigkeit dauernder Lasten bei kauf- oder darlehensähnlichen Vorgängen*)

**Entgeltlich im Austausch mit einer Gegenleistung übernommene dauernde Lasten können nur insoweit als Sonderausgaben abgezogen werden, als der Wert der wiederkehrenden Leistungen den Wert der Gegenleistung übersteigt (Fortführung von BFH-Urteil vom 16. September 1965 IV 67/61 S, BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706).**

BFH, Urteil vom 13.8.1985 — IX R 10/80 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger sind zur Einkommensteuer zusammenveranlagte Eheleute. Der Kläger erhielt aufgrund des „Leibrentenvertrages“ vom 25. Mai 1974 von seinen Eltern 12 000 DM. Hierfür verpflichtete er sich, seinen Eltern eine „Leibrente“ von monatlich 170 DM, beginnend mit dem 1. Juli 1974, zu zahlen. Mit dem Tod des Vaters sollte sich die „Leibrente“ auf 130 DM monatlich ermäßigen. Die Höhe der Verpflichtung des Klägers war im übrigen mit einer Wertsicherungsklausel verbunden und unterlag der Anpassung entsprechend dem Rechtsgedanken des § 323 ZPO.

Das Finanzamt ließ bei seiner Veranlagung der Kläger zur Einkommensteuer für die Streitjahre 1974 und 1975 die Zahlungen des Klägers an seine Eltern in Erfüllung des Vertrages vom 25. Mai 1974 und 1 020 DM im Jahre 1974 und 2 040 DM im Jahre 1975 nicht als dauernde Last zum Abzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 zu. Er erblickte hierin Kapitalrückzahlungen auf die 12 000 DM, weil der Kläger diesen Betrag darlehensweise von seinen Eltern empfangen habe.

Die Klage hatte Erfolg. In seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1981, 236 veröffentlichten Urteil berücksichtigte das Finanzgericht die Leistungen des Klägers an seine Eltern als dauernde Lasten.

Die Revision des FA führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Klageabweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Das angefochtene Urteil war aufzuheben, weil das FG die Leistungen des Klägers an seine Eltern von 1 020 DM im Jahre 1974 und von 2 040 DM im Jahre 1975 unzutreffend als dauernde Last i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG im Rahmen der Sonderausgaben zum Abzug zugelassen hat.

Dauernde Lasten nach dieser Vorschrift sind wiederkehrende, nach Zahl oder Wert nicht gleichmäßige Aufwendungen, die ein Steuerpflichtiger in Geld oder Sachwerten für längere Zeit einem anderen gegenüber aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung zu erbringen hat (vgl. BFH-Urteile vom 3. Dezember 1964 IV 99/62 U, BFHE 81, 458, BStBl III 1965, 166; vom 17. April 1980 IV R 207/75, BFHE 130, 491, BStBl II 1980, 639).

a) Der Kläger schuldete seinen Eltern aufgrund des Vertrages vom 25. Mai 1974 wiederkehrende Geldleistungen in nicht stets gleichbleibender Höhe im vorstehenden Sinne. Die Vertragsparteien haben in dem Vertrag ausdrücklich vereinbart, daß die Höhe der Zahlungen entsprechend dem Rechtsgedanken des § 323 ZPO gegebenenfalls angepaßt werden soll. Der erkennende Senat hat bereits in seinem Urteil vom 30. Oktober 1984 IX R 2/84 (BFHE 143, 317 [= MittBayNot 1985, 223]) in Fällen der vorliegenden Art zur Unterscheidung zwischen einer Leibrente und einer dauernden Last maßgeblich auf die Vereinbarung einer entsprechenden Abänderungsklausel abgestellt.

b) Auch wenn die wiederkehrenden Leistungen des Klägers auf einem besonderen Verpflichtungsgrund i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG, nämlich dem Vertrag vom 25. Mai 1974 beruhen, so könnten sie dennoch möglicherweise — der Rüge des FA folgend — nicht als dauernde Last, sondern lediglich als freiwillige Unterhaltsleistungen des Klägers an seine Eltern entsprechend § 12 Nr. 2 EStG zu werten sein. Es ist nicht auszuschließen, daß der Kläger die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen nicht im Hinblick auf die von seinen Eltern empfangenen 12 000 DM, sondern auf das zwischen ihnen bestehende Verwandtschaftsverhältnis übernommen hat. Das FA weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß dem erhaltenen Geldbetrag von 12 000 DM ein kapitalisierter Barwert der Versorgungsverpflichtung des Klägers von 19 768 DM gegenüberstehe.

Der Senat braucht diese Frage jedoch nicht abschließend zu entscheiden. Denn selbst wenn er zugunsten des Klägers von dessen Vortrag ausgehen würde, seine wiederkehrenden Zahlungen seien die Gegenleistung für die empfangenen 12 000 DM, so daß damit eine dauernde Last grundsätzlich zu bejahen wäre, so scheidet dennoch ein Abzug der Zahlungen als Sonderausgaben während der Streitjahre 1974 und 1975 an der gebotenen Verrechnung des Wertes von Leistung und Gegenleistung.

c) Entgeltlich im Austausch mit einer Gegenleistung übernommene dauernde Lasten können nur insoweit als Sonderausgaben abgezogen werden, als der Wert der wiederkehrenden Leistungen den Wert der Gegenleistung übersteigt. Eine solche Wertverrechnung hatte die Rechtsprechung frü-

her mit jeglichem Gegenwert, der im Zusammenhang mit einem Versprechen wiederkehrender Leistungen erlangt wird, für notwendig gehalten. Dem lag die Erwägung zugrunde, daß insoweit Leistung und Gegenleistung lediglich zu einer Vermögensumschichtung führen. Inzwischen hat die Rechtsprechung von einer Weiterverrechnung bei Altenteilsleistungen abgesehen, die im Zusammenhang mit Vermögensübertragungen in vorweggenommener Erbfolge versprochen werden, weil in diesen Fällen nicht Leistung und Gegenleistung ausgetauscht werden. Der Übernehmer erhält das übertragene Vermögen vielmehr mit der Auflage geschenkt, den Übertragenden zu versorgen. Die Rechtsprechung hat jedoch auch weiterhin an einer Verrechnung der Werte von Leistung und Gegenleistung bei kauf- und darlehensähnlichen Vorgängen festgehalten (vgl. zum Vorstehenden den ähnlich gelagerten Fall BFH-Urteile vom 28. Juni 1963 VI 321/61 U, BFHE 77, 287, BStBl III 1963, 424, und vom 16. September 1965 IV 67/61 S, BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706, sowie vom 27. September 1973 VIII R 71/69, BFHE 111, 33, BStBl II 1974, 101).

Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung mit der Maßgabe an, daß er eine Wertverrechnung bei kauf- und darlehensähnlichen Vorgängen und darüber hinaus in allen Fällen für geboten erachtet, in denen wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung erbracht werden. In allen diesen Fällen führt der Leistungsaustausch zunächst nicht zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, der mit dem Abzug als dauernde Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG Rechnung getragen werden soll, sondern nur zu einer Vermögensumschichtung, solange der Wert der wiederkehrenden Leistungen noch nicht den Wert der Gegenleistung übersteigt.

d) Im vorliegenden Falle ist Gegenstand des Vertrages vom 25. Mai 1974 nicht eine Vermögensübertragung der Eltern auf den Kläger in vorweggenommener Erbfolge verbunden mit der Auflage, die Eltern durch laufende Geldzahlungen zu versorgen.

Die Leistung der Eltern besteht vielmehr in der Überlassung eines Kapitalbetrages von 12 000 DM und die des Klägers in einem Entgelt für die Kapitalnutzung und einer auf Lebenszeit seiner Eltern verteilten Kapitalrückzahlung. Der Senat beurteilt daher das Rechtsgeschäft zwischen dem Kläger und seinen Eltern als einen darlehensähnlichen Vorgang. Aus diesem Grunde muß eine Wertverrechnung vorgenommen werden. Die vom Kläger erstmals in den Streitjahren 1974 und 1975 erbrachten wiederkehrenden Leistungen von 1 020 DM und 2 040 übersteigen noch nicht den Gegenwert des empfangenen Kapitals von 12 000 DM zuzüglich des Wertes seiner Nutzung.

### III. Hinweise für die Praxis

#### 1. Einkommensteuer;

**hier: Steuervergünstigungen für Land- und Forstwirte nach § 14 a Abs. 4 EStG i. d. F. des Steuerbereinigungsgesetzes 1986 vom 19.12.1985 (BGBl I S. 2436)**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 20.01.1986 — Az.: 31 a — S 2239 a — 5/20 — 2493

Durch das o. angef. Gesetz ist § 14 a Abs. 4 EStG mit Wirkung ab 1.1.1986 (vgl. § 52 Abs. 20 a EStG) neu gefaßt worden. Die Vorschrift läßt nunmehr u. a. die mehrmalige Gewährung des Freibetrags bei Abfindung mehrerer weichender Erben zu. § 14 a Abs. 4 Satz 4 EStG n. F. enthält hierzu folgende Aussage:

„Werden mehrere weichende Erben abgefunden, so kann der Freibetrag mehrmals, jedoch insgesamt nur einmal je weichender Erbe geltend gemacht werden, auch wenn die Abfindung in mehreren Schritten oder durch mehrere Eigentümer des Betriebs vorgenommen wird.“

Der gesetzlichen Regelung liegt folgendes Votum des federführenden Finanzausschusses des Bundestages zugrunde (vgl. BT-Drs. 10/4513 zu Nummer 5 Buchstabe b unter 1.):

„In Absatz 4 wird der — mit kurzzeitiger Unterbrechung seit 1970 bestehende — Freibetrag von 60 000 DM bei der Veräußerung oder Entnahme von zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb gehörenden Grundstücken zur Abfindung weichender Erben unter Beibehaltung der bisherigen Einkommensgrenzen so umgestaltet, daß er je nach der Anzahl der weichenden Erben mehrmals gewährt wird. Der Freibetrag soll insgesamt nur einmal je weichender Erbe in Betracht kommen, unabhängig davon, ob der Erblasser selbst oder der Hoferbe die Abfindung vornimmt. Soweit weichende Erben von Ehegatten abgefunden werden, die beide Eigentümer des Hofes sind (z. B. bei einem Ehegattenhof), soll eine Verschlechterung gegenüber der bisherigen Rechtslage jedoch nicht eintreten.“

Nach den Gesetzesmaterialien betrifft die Einschränkung in S. 4 der Neuregelung somit nur den Fall, daß „mehrere Eigentümer“ nacheinander (als Erblasser, Hoferben) einen weichenden Erben abfinden, nicht den Fall des (gleichzeitigen) Miteigentums von Ehegatten. Dem Vernehmen nach soll dies auch bei sich bietender Gelegenheit im Gesetz klar gestellt werden.

Ich bitte deshalb die Auffassung zu vertreten, daß Ehegatten, die einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb als Mitunternehmer gemeinsam führen (z. B. bei Gütergemeinschaft, wenn der Betrieb zum Gesamtgut gehört), bei der Abfindung jedes weichenden Erben den Freibetrag bis zur Höhe von insgesamt 120 000 DM in Anspruch nehmen können, weil insoweit die Personenbezogenheit nicht aufgegeben worden ist.

#### 2. Erbschaft- und Schenkungsteuer;

**hier: Gegenstand der Schenkung bei Geldhingabe zum Erwerb eines Grundstücks**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 23. 1. 1986 — Az.: 34 — S 3806 — 1/63 — 50 871/85 — und der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg vom 17. 2. 1986 — Az.: S 3800 — 5/10 St 334

Nach Abschn. II des FMS vom 10. 3. 1980 Az.: 33 — S 3806 — 1/26 — 75 347/79 (= MittBayNot 1980, 93) ist bei Geld-

hingabe zur Errichtung eines Gebäudes auf einem unbebauten Grundstück des Beschenkten eine Geldschenkung anzunehmen. Diese Regelung entspricht dem BFH-Urteil vom 27. April 1977 (BStBI II S. 731).

Mit Urteil vom 6. März 1985 II R 19/84 (BStBI II S. 382 [= MittBayNot 1985, 221]) hat der Bundesfinanzhof das erstgenannte Urteil dahingehend eingeschränkt, daß dann statt Geldschenkung eine Grundstücksschenkung anzunehmen sei, wenn nach der Schenkungsabsprache der Bedachte nicht um die Geldsumme, sondern erst um das mit Mitteln des Schenkers errichtete Gebäude endgültig bereichert wird. Das soll nach dem Urteil auch gelten, wenn das Gebäude auf einem Grundstück errichtet wird, das einem Dritten gehört, wenn das Grundstück nach Fertigstellung des Gebäudes dem Bedachten zu Eigentum übertragen wird.

Aufgrund des Urteils vom 6. März 1985 haben sich Zweifel ergeben, ob dieses Urteil

- a) allgemein anzuwenden ist, wenn mit dem Geld des Schenkers ein Gebäude auf einem dem Beschenkten bereits gehörenden Grundstück errichtet werden soll, oder
- b) nur in Fällen, in denen der Sachverhalt wie im Urteilsfall gestaltet ist.

Ich bitte, das Urteil vom 6. März 1985 nur in den Fällen anzuwenden, in denen der Sachverhalt diesem Urteil entspricht. Im übrigen ist weiterhin Abschn. II des o. g. FMS vom 10. 3. 1980 und das darin angeführte Urteil vom 27. April 1977 anzuwenden.

#### 3. Erbschaft- und Schenkungsteuer;

**hier: Anpassung bestehender Nießbrauchsverträge an die geänderte Rechtslage auf dem Gebiet der Einkommensteuer**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 23. 1. 1986 — Az.: 34 — S 3840 — 1 — 12 827/85 — und der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg vom 17. 2. 1986 — Az.: S 3840 — 12 St 334

Mit BMF-Schreiben vom 15. November 1984 IV B 1 — S 2253 — 139/84 (BStBI I S. 561 [= MittBayNot 1984, 278]) ist die einkommensteuerliche Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mit Wirkung ab Veranlagungszeitraum 1984 neu geregelt worden.

Wird ein unentgeltlich eingeräumter Nießbrauch wegen der einkommensteuerlichen Neuregelung vorzeitig aufgegeben, so gilt hinsichtlich der Schenkungsteuer folgendes:

- a) Verzichtet der Nutzungsberechtigte zugunsten des Verpflichteten, damit dieser wieder über die Erträge verfügen kann, so wäre die Schenkungsteuer, die der Nutzungsberechtigte seinerzeit bei der unentgeltlichen Einräumung des Nutzungsrechts entrichten mußte, nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu erstatten, wenn der Schenker wegen der geänderten ertragsteuerlichen Rechtslage einen bürgerlich-rechtlichen Rückforderungsanspruch — hier wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage — hätte (siehe BFH-Urteil vom 19. Oktober 1977, BStBI 1978 II S. 217).

In diesen Fällen ist es jedoch nicht gerechtfertigt, für die Rückgängigmachung der ursprünglichen Schenkung einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu unterstellen. Eine Erstattung der Schenkungsteuer für die ursprüngliche Schenkung nach § 29 Abs. 1 ErbStG kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn eine Klage des Schenkers auf Rückgängigmachung der Schenkung Erfolg hatte oder die Beteiligten glaubhaft machen können, daß der Beschenkte nur deshalb entschädigungslos auf sein Nutzungsrecht verzichtet hat, weil er von einem nicht widerlegbaren Rückforderungsrecht des Schenkers ausgehen mußte. Im übrigen kommt jedoch § 29 Abs. 1 ErbStG nicht zur Anwendung. Der Verzicht stellt eine freigebige Zuwendung des Verzichtenden an denjenigen dar, zu dessen Gunsten er erfolgt.

- b) Verzichtet der Nutzungsberechtigte gegen eine angemessene Abfindung auf sein Nutzungsrecht, ergeben sich schenkungsteuerlich keine Folgen, da Leistung und Gegenleistung sich ausgleichen und somit keine freigebige Zuwendung vorliegt. Wird gegen eine zu niedrige oder zu hohe Abfindung auf ein Nutzungsrecht verzichtet, so ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob in Höhe des jeweiligen Unterschiedsbetrags eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gegeben ist.
- c) Wird im Rahmen der Anpassung von Nießbrauchsvereinbarungen auch eine Änderung der Lastenverteilung vorgenommen, z. B. Umstellung vom Bruttonießbrauch auf Nettonießbrauch, so kann hierin eine freigebige Zuwendung gegenüber dem Nießbrauchsgeber liegen. Die Frage ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

#### 4. Immobilienspargesellschaften;

**hier: Anwendung des § 2 Abs. 1 Buchst. d 4. VermBG auf Beiträge zum Erwerb von Miteigentum an sog. Immobilienspargesellschaften**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 28.10.1985 — Az.: 32 — S 2434 — 1/3 — 64 743 — an die Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg

Im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen, dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung und den Finanzministern(-senatoren) der anderen Länder wird zur Anwendung des § 2 Abs. 1 Buchst. d 4. VermBG in den nachstehenden Fällen wie folgt Stellung genommen:

Arbeitnehmer beteiligen sich als Treugeber-Gesellschafter über einen — gemeinsamen — Treuhänder an einer BGB-Gesellschaft (Immobilienspargesellschaft). Der Treuhänder

ist in eigenem Namen, aber im Auftrag und für Rechnung der Treugeber-Gesellschafter (unmittelbarer) Gesellschafter; neben ihm gehören der Gesellschaft — meist zwei — weitere (unmittelbare) Gesellschafter an. Zweck der Gesellschaft ist der Erwerb und die Verwaltung von Mietwohngrundstücken. Die Treugeber-Gesellschafter leisten auf ein Sonderkonto der Gesellschaft Einlagen, die zur Aufbringung der Erwerbskosten der Grundstücke der Gesellschaft dienen. Als Eigentümer der von der Gesellschaft erworbenen Grundstücke sind der Treuhänder und die weiteren unmittelbaren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen.

Werden die vom Arbeitnehmer als Treugeber-Gesellschafter aufzubringenden Raten vom Arbeitgeber unmittelbar an die Immobiliengesellschaft geleistet, so stellen diese Leistungen keine Aufwendungen i. S. des § 2 Abs. 1 Buchst. d 4. VermBG und damit keine sparszulagenbegünstigten vermögenswirksamen Leistungen dar. Hierfür fehlt es an der bei einer vermögenswirksamen Anlage nach § 2 Abs. 1 Buchst. d 4. VermBG zu fordernden unmittelbaren Verwendung der Mittel zum Erwerb eines Wohngebäudes bzw. an deren Verwendung zur Erfüllung von in diesem Zusammenhang eingegangenen Verpflichtungen des Arbeitnehmers. Die vom Arbeitnehmer aufgrund des Beteiligungsvertrages zu entrichtenden Beträge werden dann nicht unmittelbar zum Wohnungsbau usw. verwendet, wenn die BGB-Gesellschaft ihrerseits mit diesen Mitteln Wohnungseigentum erwirbt (vgl. BFH-Urteil vom 6. Mai 1977, BStBl II S. 633).

Dieses Schreiben wird im Amtsblatt des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen veröffentlicht und entspricht dem Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 28. Oktober 1985 IV B 6 — S 2433 — 3/85, das im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht wird.

#### 5. Inhaltsverzeichnis und Einbanddecken 1985

Das Inhaltsverzeichnis für den Jahrgang 1985 wird mit Heft 2/1986 ausgeliefert.

Die Einbanddecken für den Jahrgang 1985 sind ab März 1986-beziehbar. Jede Einbanddecke kostet DM 12,— zuzüglich Versandkosten und MwSt.

Bestellungen sind zu richten an:

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