

Streitverhütung, Streitregelung – die Rolle des Notars¹

von Notar Dr. Christopher Keim, Rockenhausen

I. Droht eine Überforderung der Rechtspflege?

Unter dem Titel „Am Rande des Infarkts“ beklagt der Spiegel in seiner Titelgeschichte vom 20. 09. 1993² mit folgenden Worten den desolaten Zustand der deutschen Justiz: „Die Gerichte sind miserabel organisiert und vorsintflutlich ausgestattet. Schlamperei und Faulheit besorgen den Rest!“ Das schlechte Image der Rechtspflege ist nicht neu: So empfahl bereits vor 200 Jahren der durch sein Buch „Über den Umgang mit Menschen“ bekannt gewordene Freiherr von Knigge: „Man weiche auf alle mögliche Weise jedem Prozesse aus und vergleiche sich lieber, auch bei der sichersten Überzeugung vom Recht“, Angesichts dieses Bildes der Gerichte in der Öffentlichkeit erstaunt die Prozeßfreudigkeit der Deutschen. Das Bundesministerium der Justiz hat im Rahmen einer Strukturanalyse der Rechtspflege eine Untersuchung über die Entwicklung des Geschäftsanfalls der Gerichte veranlaßt³. Dabei fällt der im internationalen Vergleich erheblich größere Umfang der westdeutschen Justiz und der höhere Geschäftsanfall gegenüber den meisten vergleichbaren Ländern auf⁴. Die genannte Prognose kommt zu dem Ergebnis, daß sich die Zahl der jährlich zu erledigenden Zivilsachen bis zur Jahrtausendwende bezogen auf die alten Bundesländer um knapp 50% erhöhen wird⁵. Eine zweite Studie prognostiziert für die neuen Bundesländer in absehbarer Zeit sogar einen noch höheren Anstieg des Geschäftsanfalles⁶. Danach droht die Überforderung und damit die Funktionsunfähigkeit eines lebensnotwendigen Teiles der Staatsgewalt, deren Gründe sicherlich *nicht* in ihrer schlechten Organisation und der Faulheit der Richter zu finden sind.

Betrachtet man die möglichen Einflußfaktoren auf diesen Prozeß, so lassen sie sich in drei Ursachenfelder einordnen: gesellschaftliche Ursachen, Einflüsse des Rechtssystems sowie Einflüsse filternder Institutionen und Berufe. An den gesellschaftlichen Ursachen für rechtliche Konflikte läßt sich nicht viel ändern, sie sind für die Rechtspolitik eine nicht zu beeinflussende, hinzunehmende Größe⁷. Anders verhält sich dies mit dem Rechtspflegesystem selbst. Hier ist als Ansatz einer Reform beispielsweise das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege als jüngster Versuch zu nennen, das jedoch bereits heute ins Schußfeld der Kritik geraten ist⁸. Es zeigt sich, daß in diesem rechtspolitisch brisanten

Bereich eine Einflußnahme in Richtung auf Prozeßreduzierung problematisch ist. Als Alternative bleibt die Verbesserung der sogenannten Filterebene, d. h. der Organisationen und Institutionen, die bei sich anbahnenden Rechtskonflikten aufgesucht werden, bevor es zum Prozeß kommt. Hierzu gehören die Rechtsanwälte, Verbraucherberatungsstellen, Schieds- und Schlichtungsstellen, aber auch wir Notare. In diesem Stadium können unter Umständen die Fälle, in denen ein Prozessieren unumgänglich ist, von denen, die auf andere Weise schneller und vielleicht auch besser zu lösen sind, getrennt werden.

II. Die derzeitige Rolle des Notars bei der Streitverhütung und Streitregelung

Was kann aber der Notar, von dem laut *Teubners* satirischem Rechtswörterbuch „früher nur ein beschränktes Maß an juristischem Wissen verlangt wurde, heute ein wenig mehr“⁹, zur Vermeidung von Prozessen beitragen?

Zur Beantwortung dieser Frage möchte ich zunächst die derzeitige Rolle des Notars bei der Streitvermeidung und bei der Regelung bestehender Streitigkeiten darstellen, um schließlich die Voraussetzungen für die Erhaltung und den möglichen Ausbau seiner Funktion darzustellen.

1. Der Streit aus der Sicht des Dezisions- und des Kautelarjuristen

Der rechtliche Konflikt hat für den Notar eine völlig andere Bedeutung als für den Richter oder den klassischen Prozeßanwalt. Die Haupttätigkeit unseres Berufstandes besteht in der Erstellung, Beurkundung und nicht zuletzt der Abwicklung von Verträgen. Trotz vielfältiger anderer Aufgaben kann der Notar daher als Vertragsjurist oder Kautelarjurist bezeichnet werden. Dieser unterscheidet sich sowohl in der Zielsetzung als auch in der Methodik vom streitentscheidenden oder im laufenden Rechtsstreit beratenden Juristen, an dessen Bild sich die traditionelle juristische Ausbildung orientiert. Ihr Gegenstand ist die juristische Subsumtion, die Anwendung von Gesetzen auf einen vorgegebenen Sachverhalt. Es wird vom Juristen erwartet, daß er das ermittelt, was in einem konkreten Fall rechtens ist. Sein Maßstab, an dem er jede Aufgabe zu orientieren hat, ist die Rechtsnorm, anhand derer er bereits abgeschlossene, für ihn nicht mehr beeinflussbare Fakten auf ihre rechtliche Relevanz hin prüft und beurteilt. Der Richter löst schließlich den rechtlichen Konflikt durch eine hoheitliche Entscheidung¹⁰.

Ganz anders dagegen die Zielsetzung des Kautelarjuristen: Richtschnur seines Handelns ist der Wille der Beteiligten, für den Notar konkretisiert durch den jeweiligen Beurkundungsauftrag. Der Vertragsjurist versucht, den Willen des Klienten so in einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zum Ausdruck zu bringen, daß die erwünschten rechtlichen Wir-

¹ Festvortrag, gehalten anlässlich der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e.V. 1993 in Bad Dürkheim vom 22. – 24. 10. 1993.

² Der Spiegel v. 20. 9. 1993, 38/93, S. 72 ff.

³ Prognos, Speyerer Forschungsberichte 88, 1990/91.

⁴ *Simsa/Stock* Zeitschrift für Rechtssoziologie 91, 302 ff.

⁵ Prognos, Speyerer Forschungsberichte 1990/91, S. 22.

⁶ Prognos, Die abschätzbare Geschäftsbelastung der Gerichte in den neuen Bundesländern, 1991.

⁷ *Simsa/Stock* Zeitschrift für Rechtssoziologie 91, 302, 308.

⁸ Vgl. *Asbruck*, ZRP 1992, 11; *Voß* DRiZ 1991, 221; *Herr*, DRiZ 1992, 21.

⁹ *Teubner*, Satirisches Rechtswörterbuch, 1990, S. 92.

¹⁰ *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, 1979, S. 11.

kungen für die Zukunft entstehen und unerwünschte vermieden werden¹¹. Daraus ergibt sich ein gegenüber dem Dezisionsjuristen entgegengesetztes Verhältnis von Recht und Sachverhalt. Orientierungspunkt und Ziel ist die Regelung eines Sachverhaltes für die Zukunft. Das Recht hat nur dienende Funktion, zum einen steckt es die Grenzen der Gestaltungsfreiheit ab, zum anderen gibt es ihm Instrumente zur Rechtsgestaltung in die Hand¹².

Aus dieser unterschiedlichen Zweckbestimmung folgt zwingend auch eine unterschiedliche Arbeitsweise. Gemeinsam ist beiden Berufsgruppen zwar die Notwendigkeit genauer Sachverhaltsaufklärung. Bei unrichtig oder unvollständig festgestelltem Sachverhalt können weder Urteil noch Vertrag noch etwas taugen¹³. Aber bereits hier zeigt sich ein gewichtiger Unterschied: Der Richter hat einen in der Vergangenheit liegenden Lebenssachverhalt zu ermitteln. Der Vertragsgestalter muß sowohl bereits Geschehenes als auch künftige Ereignisse, nämlich die Pläne und Ziele der Beteiligten, erfragen¹⁴. Er zeigt die juristischen Gestaltungsmöglichkeiten auf und verhandelt mit den Beteiligten über verschiedene Alternativen, um schließlich das Ergebnis zu formulieren. Die Rechtsanwendung orientiert sich dabei in der Regel nicht an bereits eingetretenen Krisensituationen, gewissermaßen also an kranken Lebensverhältnissen, sondern an normalen Vorgängen. Der Konfliktfall ist noch nicht eingetreten. Der Vertragsjurist muß allerdings mögliche zukünftige Streitigkeiten bei der Gestaltung mit berücksichtigen. Dies hat zur Folge, daß jeder Vertrag zwangsläufig lückenhaft ist, da im Hinblick auf die Grenzen menschlicher Phantasie hypothetische Fakten und künftige Entwicklungen niemals vollständig zu erfassen sind¹⁵, — ein Aspekt, den die Gerichte bei ihren Anforderungen an die Belehrungspflicht des Notars berücksichtigen sollten —. Obwohl fundierte Rechtskenntnisse zur Bewältigung dieser Probleme unerlässlich sind, nutzen sie allein sehr wenig. Mindestens genauso wichtig ist es, die tatsächlichen Faktoren, die die weitere Entwicklung beeinflussen, zu erkennen und auf mögliche Hindernisse und Risiken zu reagieren. Die rechtliche Subsumtion steht meist nicht im Mittelpunkt der Tätigkeit und ist oft — wenn auch nicht immer — sehr einfach. So spielt es bei der Gestaltung der Kaufpreisfälligkeit oft eine größere Rolle zu wissen, wie lange das betreffende Grundbuchamt benötigt, bis eine Vormerkung zur Sicherung des Käufers eingetragen ist, als jedes Detailproblem des besonderen Schuldrechts zu beherrschen.

Um die oben erwähnte Gefahr der Unvollständigkeit zu reduzieren, benötigt der Kautelarjurist aber Orientierungshilfen¹⁶. Als solche dienen kautelarjuristische Vertragstypen, die von Praktikern aufgrund ihrer aus der Erfahrung gewonnenen Erkenntnis der für diese Fallgruppen typischen Probleme zu Musterverträgen oder Vertragsbausteinen entwickelt worden sind und sich in der Rechtswirklichkeit bewährt haben. Dem Vertragsjuristen muß jedoch bewußt sein, daß jeder Einzelfall mehr oder weniger vom vorge-

gebenen Vertragstyp abweicht, sodaß gewählte Muster immer durch differenzierte Regelungen ergänzt, oder einzelne Bausteine und Alternativen zu einem Gesamtvertrag individuell zusammengestellt werden müssen¹⁷.

2. Sonderstellung des Notars gegenüber anderen Kautelarjuristen

Das bisher Gesagte gilt für alle an der Gestaltung von Willenserklärungen beteiligten Juristen, den Notar genauso wie den Rechtsanwalt und den im Unternehmen beschäftigten Syndikus. Doch während die letzteren als Interessenvertreter einer Partei tätig werden, ist der Notar gem. § 14 BNotO unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Daraus ergibt sich eine völlig andere Rolle beim Auftreten vom Interessengegensätzen der Vertragsparteien. Vom Rechtsanwalt oder dem angestellten Wirtschaftsjuristen wird eine Identifikation mit den Anliegen des Klienten erwartet. Es ist offenkundig, daß darin eine Pflichtenkollision liegt: Auf der einen Seite droht dem beratenden Juristen der Vorwurf seines Klienten, in der Wahrung seiner Interessen nicht emsig genug gewesen zu sein, auf der anderen Seite besteht die Gefahr, die Bindung an das Ideal der Gerechtigkeit allzu sehr aufzugeben und sich sogar an groben Benachteiligungen und Schädigungen Schwächerer zu beteiligen¹⁸. Demgegenüber muß der Notar auf einen gerechten Interessenausgleich bedacht sein. Diese Pflicht trifft ihn auch, wenn er im Rahmen seiner in § 24 BNotO gestatteten sonstigen Betreuungstätigkeit auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege Vertragsentwürfe für einen Beteiligten entwirft. Auch bei dieser Tätigkeit spielt er daher eine völlig andere Rolle als ein anderer Rechtsberater. Es ist ihm nicht gestattet, nur die Interessenwahrung des Auftraggebers im Auge zu haben¹⁹.

Dieser Sonderstellung trägt das Beurkundungsgesetz Rechnung: Der Notar hat als einziger privater Rechtsvermittler bei der Vertragsgestaltung — so *Jerschke* — ein eigenes Aktionsprogramm zu beachten²⁰. Denn nach der zentralen Vorschrift des § 17 BeurkG muß er den wahren Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und die Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die Pflicht zur Erforschung des Willens beinhaltet, daß der Notar die Erklärungen der Beteiligten so abfaßt, daß der wahre Wille in ihnen seinen Niederschlag findet, d. h. die niedergeschriebene Erklärung ein Spiegelbild des tatsächlich Gewollten ist. Der Notar hat die zur Auswahl stehenden Möglichkeiten aufzuzeigen und die geeignete Art der Erledigung zu empfehlen²¹. Die Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts umfaßt die dem Notar gestellte Aufgabe, alle für das Rechtsgeschäft relevanten Umstände in die Überlegungen einzubeziehen, um ein rechtswirksames

¹¹ *Rehbinder*, a. a. O., S. 11.

¹² *Rehbinder*, a. a. O., S. 23, *Langenfeld*, Vertragsgestaltung 1991, S. 31.

¹³ *Langenfeld*, a. a. O., S. 1.

¹⁴ *Rehbinder*, a. a. O., S. 11.

¹⁵ *Rehbinder*, a. a. O., S. 21.

¹⁶ *Langenfeld*, a. a. O., S. 24.

¹⁷ *Langenfeld*, a. a. O., S. 33, *Keim*, Das notarielle Beurkundungsverfahren 1990, S. 66 ff.

¹⁸ *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre, S. 615.

¹⁹ *Seybold/Hornig*, BNotO § 24, Rdnr. 17, *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte 1989, S. 23.

²⁰ *Jerschke*, DNotZ 1989, Sonderheft S. 23.

²¹ *Mecke/Lerch*, BeurkG § 17, Rdnr. 6; BGH, DNotZ 63, 308, 310.

Geschäft herbeizuführen²². Seine zentrale Aufgabe besteht jedoch in der Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäftes, die die Übereinstimmung zwischen dem erklärten rechtsgeschäftlichen Willen und dem erstrebten rechtlichen Erfolg sichern soll²³. Er muß die Beteiligten darauf hinweisen, von welchen Voraussetzungen der beabsichtigte Rechtserfolg abhängig ist und welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an ihn knüpfen²⁴.

Schließlich obliegt dem Notar die Formulierungspflicht, er trägt die alleinige Verantwortung für die Abfassung der Urkunde²⁵. Allein darin zeigt sich bereits, daß das Bild des Notars als reinem Protokollanten der Erklärungen der Beteiligten der Welt der Vorurteile angehört²⁶, und das lateinische Wort *notarius*, zu deutsch Schnellschreiber, Stenograph, unseren Beruf nur unzureichend beschreibt.

Diesen erhöhten Pflichten stehen andererseits im Vergleich mit anderen Rechtsberatern erweiterte Befugnisse gegenüber:

a) Die Formvorschriften des materiellen Rechts geben dem Notar für bestimmte Vertragstypen ein Gestaltungsmonopol. Dies hat zur Folge, daß er in diesen Bereichen die nötigen Spezialkenntnisse nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht erwirbt, die für eine sachgerechte Belehrung und Beratung unerlässlich sind.

b) Notarielle Urkunden sind öffentliche Urkunden. Gem. § 415 ZPO erbringen sie vollen Beweis des durch sie beurkundeten Vorganges. Zweifel an der Richtigkeit des urkundlich Bewiesenen sind im Prozeß bis zum Beweis der Falschbeurkundung zurückzustellen²⁷.

c) Die notarielle Urkunde ist Vollstreckungstitel, sofern sie über einen Anspruch errichtet wird, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat und der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

3. Konfliktverhütende Wirkung der notariellen Urkunde

Durch die besonderen Pflichten des Notars bei seiner Erstellung aber auch durch seine besonderen Wirkungen entfaltet der *de lege artis* errichtete notarielle Vertrag eine streitvermindernde Wirkung.

a) Rechtmäßigkeit

Konfliktpropylaxe — dies mag eine zunächst banale Erkenntnis sein — wird bereits durch die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der notariellen Urkunde erzeugt. Gem. § 14 Abs. 2 BNotO hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Für den Außenstehenden erscheint diese Vorschrift selbstverständlich und wenig praxisrelevant. Es ist jedoch erstaunlich, wie oft Beteiligte ganz unverhohlen vom Notar die Mitwirkung an unerlaubten Geschäften verlangen. Zu nennen ist insbesondere § 3 der

Makler- und Bauträgerverordnung, nach dem es einem Bauträger verboten ist, Gelder von Interessenten entgegenzunehmen, bevor er die im Gesetz vorgesehenen Sicherungen getroffen hat. Ohne ein bestimmtes Gewerbe diskreditieren zu wollen, wage ich zu behaupten, daß ohne notarielle Beurkundung die exakte Einhaltung dieser Bestimmung eher die Ausnahme als die Regel sein dürfte.

b) Wirksamkeit

Weiterhin hat der Notar eine Wirksamkeitskontrolle vorzunehmen. § 17 Abs. 2 BeurkG besagt, daß bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Geschäfts, falls die Beteiligten auf der Beurkundung bestehen, eine Belehrung hierüber und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerkt werden sollen. Damit ist mit dem Notar eine Wirksamkeitskontrollinstanz vorgeschaltet. Streitigkeiten über rechtlich zweifelhafte Vertragsbestimmungen werden schon im Beurkundungstermin angesprochen und diskutiert und bei genügend Überzeugungskraft des Notars die entsprechenden Regelungen auch vermieden. Dieses Prüfungsverfahren hat jedoch eine große Schwäche: Der Kautelarjurist kann bei unklarer Rechtslage eine abschließende Entscheidung über die Wirksamkeit einer Klausel nicht fällen²⁸. Er kann lediglich seine Zweifel durch entsprechende Belehrungen zum Ausdruck bringen. Macht später einer der Beteiligten die Unwirksamkeit geltend, ist er in keinsten Weise präkludiert, da die Urkunde weder Rechtskraft wie ein Urteil noch Bestandskraft wie eine behördliche Entscheidung entfaltet. Das gleiche Rechtsproblem wird vor Gericht erneut diskutiert.

Glücklicherweise sind Zweifelsfragen über die Wirksamkeit von Vertragsklauseln trotz zunehmender Inhaltskontrolle von Verträgen durch die Rechtsprechung nicht der Alltag im Notariat. Viel häufiger stellt sich das Problem klarer Formulierung.

c) Eindeutigkeit

Der Notar hat die Erklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig wiederzugeben. Die gewollte Rechtsfolge muß in der Urkunde eindeutig zum Ausdruck kommen. Wie schwer im Einzelfall diese zunächst einfach klingende Forderung zu erfüllen ist, zeigt sich beispielsweise bei der Auslegung von Testamenten, die in der Praxis häufig erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Vielleicht sind Ihnen auch aus Ihrer Ausbildung noch Klausuren in unangenehmer Erinnerung, die dieses Thema zum Inhalt hatten. Um Eindeutigkeit zu gewährleisten, muß die Beurkundungsperson die gesetzliche Terminologie verwenden. Wo diese nicht ausreicht, haben sich für die notariellen Urkunden in jahrzehntelanger Übung Konventionen für eine sachgerechte Textgestaltung entwickelt, welche eine eigene Urkundssprache darstellen²⁹. Durch bewährte Formeln und Fachtermini wird eine gewisse Rechtssicherheit erzeugt, in dem bestimmte Formulierungen einen klaren Bedeutungsgehalt erhalten. Die oft belächelte Formelhaftigkeit notarieller Urkunden hat also durchaus ihren Sinn. Sie dient der Rechtsklarheit und erleichtert die Auslegung im Streitfall, auch wenn darunter die Verständlichkeit des Textes für den Laien zugegebenermaßen leidet. Hinsichtlich der Vertragsbestimmungen, die, vergleichbar dem Tenor eines Urteils, unmittelbar auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen ge-

²² Mecke/Lerch, BeurkG § 17, Rdnr. 8, Huhn/von Schuckmann § 17 BeurkG, Rdnr. 21.

²³ Reithmann, a. a. O., S. 141.

²⁴ Mecke/Lerch, BeurkG § 17, Rdnr. 10.

²⁵ Huhn/von Schuckmann, § 17 BeurkG, Rdnr. 31.

²⁶ Jerschke, DNotZ 89, Sonderheft S. 29.

²⁷ Münchener Kommentar zur ZPO/Schreiber, § 415, Rdnr. 10.

²⁸ Reithmann, Festschrift 125 Jahre bayerisches Notariat, S. 175.

²⁹ Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1989, S. 66.

richtet sind, kann Klarheit im Sinne des § 17 Abs. 1 BeurkG daher nicht in erster Linie Verständlichkeit für den Laien heißen. Obwohl es auch das Ziel des Notars immer sein muß, seine Verträge für seine Klienten möglichst aus sich heraus verstehbar zu formulieren, muß die rechtliche Klarheit im Zweifel Vorrang haben, damit die gewollte Rechtsfolge präzise wiedergegeben wird³⁰. Verständlichkeitsdefizite kann der Notar durch Erläuterungen während der Beurkundung ausgleichen.

d) Vertragsgerechtigkeit

Lassen sie mich nunmehr, meine Damen und Herren, zu der am schwierigsten zu erfüllenden Anforderung an notarielle Urkunden kommen, der Vertragsgerechtigkeit. Hier gerät der Notar in einen Zielkonflikt: Denn fordert nicht möglicherweise der Grundsatz der Vertragsfreiheit, daß er sich aus dem freien Spiel der Kräfte des Marktes herauszuhalten hat? Nach der klassischen Lehre der Vertragsfreiheit trägt der Vertrag von sich aus eine materielle Richtigkeitsgewähr in sich. Da die in Frage stehenden Interessen von den Vertragsschließenden gegensätzlich gewahrt würden, führe deren Zusammenwirken bei der vertraglichen Gestaltung von Rechtsverhältnissen zu einem Ausgleich entgegengesetzter Interessen im Sinne des Richtigen³¹. Als Praktiker kann man dazu nur sagen: So wünschenswert dies wäre, so wenig entspricht diese Theorie doch der Wirklichkeit³². Denn zum einen unterscheiden sich die Menschen durch ihren Informationsstand hinsichtlich des Vertragsobjektes und aller für den Vertrag wesentlicher Gesichtspunkte. Es prallen geschäftserfahrene und geschäftsunerfahrene Beteiligte zusammen³³. Diese Konstellation bestimmt leider auch den Inhalt des Vertrages. Des weiteren kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß bei Verträgen ein Machtausgleich stattfindet. Der Vertragsinhalt reflektiert auch die Macht- und Kräfteverhältnisse der Beteiligten³⁴. Ungleichgewichtslagen kommen in einseitigen Regelungen zum Ausdruck.

Was kann die notarielle Urkunde zur Lösung dieser beiden Probleme leisten? Die Beteiligten kommen hinsichtlich der Hauptverpflichtungen des Vertrages meist mit festen Vorstellungen zum Notar, der Preis selbst wird höchst selten während der Beurkundung verhandelt. Der Notar konkretisiert und verwirklicht im Wege der Erfüllungsplanung diese Vorstellungen durch die konkrete Vertragsgestaltung. An der sich im Preis-Leistungs-Verhältnis widerspiegelnden Marktmacht der Beteiligten kann er nicht viel ändern. Anders als im Arbeitsrecht oder im Mietrecht droht in den Bereichen, die Gegenstände notarieller Beurkundung sind, eine Beeinträchtigung der Vertragsgerechtigkeit in erster Linie aber nicht durch machtbefindliches Diktat einer Partei, sondern durch das Unterschieben unbilliger Nebenbestimmungen, insbesondere durch eine einseitige Verlagerung von Vertragsrisiken. Hier spielt die Geschäftserfahrenheit eine große Rolle und es ist Aufgabe des Notars, durch schonungslose Aufklärung der Beteiligten über alle Neben-

folgen und Risiken eine angemessene Regelung herbeizuführen³⁵. Darüberhinaus hat er durch seine Erfahrung im Umgang mit typischen Lebenssachverhalten für viele Probleme in der Praxis bewährte Lösungen parat, deren Inhalt einerseits am dispositiven Recht orientiert sind, andererseits aber die für die konkreten Lebenssachverhalte notwendigen Differenzierungen enthalten. Bekanntestes Beispiel einer solchen Differenzierung ist der Gewährleistungsausschluß beim Kauf eines Altbaus, der trotz seines Widerspruchs zum dispositiven Recht allgemein als gerecht empfunden wird. Durch die Mitwirkung des Notars wird die in sonstigen Verbrauchergeschäften typische Situation des „Take it or leave it“ vermieden, die in einer Koppelung des Vertragsschlusses mit der Anerkennung sämtlicher allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Vertragspartei zum Ausdruck kommt³⁶.

4. Konfliktverhütung durch Urkundsvollzug

Mit der Erstellung einer ausgewogenen Urkunde ist die notarielle Tätigkeit jedoch nicht beendet. Schwierigkeiten tauchen bei Grundstücksgeschäften oft erst im Zusammenhang mit der Abwicklung auf. Der Notar übernimmt in der Praxis Vollzugsaufgaben, beispielsweise durch Einholung notwendiger behördlicher Genehmigungen oder durch Einholung von Löschungsbewilligungen bei Gläubigern von Grundpfandrechten zur Lastenfreistellung des verkauften Grundstückes. Ferner übernimmt er Treuhandaufgaben, wie die Sicherung von Leistung und Gegenleistung im Kaufvertrag durch Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und der Vorlage zum Grundbuchamt sowie im Zusammenhang mit der Lastenfreistellung von Grundstücken durch Ablösung zugrunde liegender Verbindlichkeiten aus dem Kaufpreis. Zu diesen Tätigkeiten ist der Notar gem. § 24 BNotO befugt, jedoch nicht verpflichtet³⁷. Dennoch gehören sie zu dem, was die Beteiligten vom Notar erwarten. Er wird in der Praxis zur Schaltstation für die Schaffung aller zur Herbeiführung des wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolgs der Urkunde notwendigen Voraussetzungen. Die Befriedungsfunktion eines Austauschvertrages ist erst dann gegeben, wenn der Leistungserfolg — beim Grundstückskauf also die lastenfreie Eigentumsumschreibung bzw. die Zahlung des Kaufpreises — eingetreten ist. Daran sind in der Praxis meist nicht nur die Vertragsparteien beteiligt, sondern viele weitere Stellen, die finanzierende Bank des Käufers, Grundschuldgläubiger des Verkäufers, die vorkaufsberechtigte Gemeinde oder genehmigende Behörden. Leider wird unser Berufsstand vom Gesetzgeber beim Auftauchen von Vollzugsproblemen wegen des Fehlens eindeutiger gesetzlicher Regelungen ziemlich allein gelassen. Die Vorschrift des § 53 BeurkG, nach der der Notar eine Urkunde, die beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen ist, vorlegen soll, sobald sie eingereicht werden kann, es sei denn, daß alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen, hilft sehr wenig. So ist beispielsweise die Frage, was zu tun ist bei Einwendungen einer Partei gegen die Wirksamkeit des Vertrages noch nicht endgültig geklärt, wenn etwa in diesem Zeitpunkt der auf Notaranderkonto hinterlegte Kaufpreis auszahlungsreif ist³⁸. Hier bedarf es einer detaillierten gesetzlichen Regelung. Entsprechende

³⁰ A. A. Huhn / von Schuckmann, BeurkG, § 17, Rdnr. 31.

³¹ Schmidt-Rimpler, AcP P 147, 130 ff.

³² Kritisch daher z. B. Roscher, ZRP 1972, 111; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 1970; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, S. 7 ff.

³³ Flume, a. a. O., S. 8.

³⁴ Roscher, ZRP 72, 111, 113.

³⁵ Keim, a. a. O., S. 37.

³⁶ M. Wolf, a. a. O., S. 127 ff.

³⁷ Seybold/Hornig, BNotO, § 24 Rdnr. 22, 24.

³⁸ Brambring, DNotZ 1990, 619, 635 ff.

Vorschläge liegen bereits vor. Wie sehr eine professionelle Abwicklung eines Vertrages einerseits streitvermindernde Wirkung hat, Vollzugsfehler andererseits aber verhängnisvoll sind, zeigen die auf diesem Gebiet ergangenen gerichtlichen Entscheidungen³⁹. Glücklicherweise stellen diese nur die Spitze eines Eisberges von Problemen dar, dessen Hauptmasse von den Notaren in täglicher Kleinarbeit bewältigt wird. In der Praxis bedarf die Lösung von Abwicklungsproblemen wegen der Vielzahl der Beteiligten mit kollidierenden Interessen oft erheblich mehr Verhandlungsgeschick als die Vorbereitung selbst komplizierter Verträge.

5. Streitregelung durch den Notar

In diesem Bereich gelangt man zur Schnittstelle zwischen Konfliktprophylaxe einerseits und der Regelung bestehender Streitigkeiten andererseits. Denn Störungen bei der Vertragsabwicklung sind oft nur Symptome eingetretener vertraglicher Leistungsstörungen, die letztlich in Prozesse münden können. Bei der Schlichtung bereits bestehender Streitigkeiten im vorprozessualen Raum und erst recht im prozessualen Bereich stößt der Notar jedoch schnell an die Grenzen seiner Möglichkeiten. Einseitige Beratung einer der Beteiligten ist ihm wegen seiner Neutralitätspflicht untersagt. Machtmittel zur Durchsetzung seiner Rechtsauffassung hat er ebenfalls nicht zur Verfügung. Was im Abwicklungsstadium von Verträgen oft wegen der von den Beteiligten eingeschienen Notwendigkeit gelingt, nämlich einen Kompromiß herbeizuführen, ist dem Notar im Vorfeld von Vertragsverhandlungen meist nicht möglich. Die Funktion eines Schlichters, der völlig gescheiterte Verhandlungen durch eigene Vorschläge wieder in Gang bringt, kann der Notar derzeit nur selten ausfüllen. Es ist ihm lediglich möglich, die Ausgestaltung und Ausformung eines Vertrages zwischen grundsätzlich kompromißbereiten Beteiligten zu ermöglichen. Diese Funktion erfüllt der Notar beispielsweise bei der Beurkundung von Scheidungsvereinbarungen gem. § 630 ZPO. Ein weiterer Anwendungsfall liegt oftmals in der Regelung von Streitigkeiten durch vollstreckbare Urkunden, insbesondere Schuldanerkenntnisse, die es dem Gläubiger ermöglichen, schnell zu einer Titulierung eines Anspruches zu gelangen und den Schuldner andererseits nicht mit zu hohen Kosten und der Stigmatisierung einer Verurteilung belasten. Hier besteht eine Alternative zum Mahn- und Vollstreckungsbescheid, jedoch nur soweit der Schuldner greifbar und einsichtig ist. Es bleibt auch hier dabei, daß der Notar keine Schiedrichterfunktion übernehmen kann, da ihm die Mittel zur Durchsetzung einer irgendwie gearteten Entscheidung fehlen. Die Ausformung und Formulierung des Kompromisses zu einer vollstreckbaren Urkunde ist ihm dagegen in der Praxis oft möglich. Gerade in Scheidungsvereinbarungen hat sich auch die Zusammenarbeit mit den anwaltlichen Vertretern der Beteiligten bewährt.

III. Erhaltung und Ausbau der Entlastungsfunktion des Notars

1. Erhaltung notarieller Unabhängigkeit

Wie kann nun diese streitverhütende und zumindest bedingt auch streitregelnde Funktion des Notariats erhalten oder gar noch ausgebaut werden? Eine Grundvoraussetzung hierfür ist eine rechtspolitisch adäquate Notariatsver-

fassung, deren wichtigstes Element in der Unabhängigkeit des Notars sowohl vom Staat als auch von den Beteiligten besteht. Obwohl von § 1 BNotO garantiert, muß der Notar in der täglichen Praxis immer wieder um sie kämpfen. Dabei ist die sachliche Unabhängigkeit von staatlicher Aufsicht sicherlich nicht das vordringliche Problem. Eine funktionierende Dienstaufsicht muß sein und ist, sofern sie sich auf Rechtsaufsicht beschränkt, unerlässlich. Vielmehr gilt es, den Versuchungen solcher Klienten zu widerstehen, die aus wirtschaftlichen Interessen an einer echten Konfliktvorsorge durch umfassende Belehrung kein Interesse haben, sondern nur die komplikationslose und schnelle Unterschrift unter einen möglicherweise sogar einseitig von ihnen selbst vorformulierten Vertrag zum Ziel haben. Um den teilweise offen vorgetragenen Drohungen solcher Klientel, „dieser Notar sei der erste, der hier Schwierigkeiten mache und man müsse überlegen, ob man hier noch hingehen könne“ entgegenzutreten zu können und das Gebot des Gesetzes zu erfüllen, unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht zu benachteiligen, ist es erforderlich, daß der Notar wirtschaftlich von den Parteien unabhängig ist. Daran fehlt es zum einen, wenn zu viele Notare bestellt sind, sodaß die einzelnen Notare auf bestimmte Klienten nicht verzichten können und deshalb Verträge nach deren Wünschen gestalten. Dies ist aber auch dann unmöglich, wenn der Notar in ein gewerblich organisiertes Rechtsbesorgungsunternehmen eingegliedert ist. Da er hier den Gewinnerwartungen eines Gesamtunternehmens unterworfen wird, verliert er bei seiner Amtsführung seine Unabhängigkeit. Es wird ihm unmöglich gemacht, durch eingehende Erörterungen und Belehrungen unrationell weil langsam zu arbeiten oder gar dadurch einen gebührenträchtigen Vertragsschluß zu gefährden.

Eine solche Arbeitsweise führt dann dazu, daß unter den Teppich des voreilig beurkundeten Vertrages gekehrte Probleme später in Form grundbuchrechtlicher Eintragungshinterzins, gescheiterter Finanzierungen, Vertragsrücktritte und schließlich prozessualer Streitigkeiten zum Schaden der Betroffenen wieder zum Vorschein kommen.

Da die Überwachung der beurkundungsrechtlichen Mitwirkungsverbote bei unternehmensmäßig organisierten, überregionalen Großsozietäten derzeit kaum möglich ist, führt dies zudem dazu, daß Rechtsberater von ihnen betreute Klienten dem in einer völlig anderen Stadt ansässigen soziierten Notar zur Beurkundung zu führen. Wie hier das notwendige Vertrauensverhältnis zum Notar entstehen soll, und ob der Notar dann überhaupt noch Einfluß auf den Vertragsinhalt hat, erscheint fraglich.

Auch von einer anderen Seite droht eine Einschränkung notarieller Unabhängigkeit, nämlich durch die während der 80er Jahre immer weiter verstärkte Inhaltskontrolle notarieller Verträge. Die Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen aus dem Jahre 1977 wird bekanntlich auch auf notarielle Verträge angewandt, falls eine Vertragsklausel auf Veranlassung oder im Auftrag einer Partei im Hinblick auf die Verwendung auch für künftige weitere Verträge erstellt wird⁴⁰. Da dies nicht bereits dann der Fall ist, wenn der Notar ein von ihm selbst bereitgehaltenes und immer wieder benutztes Formular oder einen eigenen Textbaustein be-

³⁹ Überblick bei *Merz*, Festschrift 125 Jahre bay. Notariat, 1987, S. 194; *Haug*, DNotZ 1982, S.39.

⁴⁰ *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 1 Rdnr. 31, *Langenfeld*, a. a. O., S. 73.

nutzt, fallen die meisten notariellen Urkunden nicht unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes⁴¹. Dort, wo die oben genannte Voraussetzung allerdings zutrifft, ist die Angemessenheitskontrolle auch gerechtfertigt: Denn eine Vertragspartei, auf deren Veranlassung die Vorformulierung zurechenbar zurückgeht, kann sich nicht dadurch aus dem Bereich des AGB-Gesetzes herausstellen, daß die Formulierung von einem Dritten, nämlich dem Notar stammt⁴². Diese Inhaltskontrolle halte ich für sinnvoll und notwendig. Die typische AGB-Situation, Reduzierung der Vertragsfreiheit auf die bloße Abschlußfreiheit⁴³, kann der Notar auch mit eingehenden Belehrungen nicht völlig vermeiden. Der verwendende Vertragsteil hat den Vorsprung der Initiative, der andere muß darlegen, warum im Einzelfall davon abgewichen werden soll.

Wer aber auch Individualverträge der Inhaltskontrolle nach ähnlichen Maßstäben unterwerfen möchte wie allgemeine Geschäftsbedingungen⁴⁴, verkennt das Regelungsziel des AGB-Gesetzes. Wie bereits oben angesprochen, muß der Notar seine Vertragsformulierungen standardisieren, um klare, eindeutige Lösungen der Vertragsrisiken zu erreichen. Der Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen verfolgt jedoch zumindest auch das Ziel, die Risiken einseitig auf den anderen Vertragsteil zu verlagern. Dieser grundlegende Unterschied verbietet jegliche Gleichbehandlung, auch soweit sie dogmatisch anders begründet wird⁴⁵. Das Problem dieser Entwicklung besteht darin, daß der Vertrag als bindende Regelung ausgehöhlt wird. Ist es möglich, den ungünstigen Vertragsschluß im Klageweg nachzubessern, ist die Versuchung groß, dies auch zu tun. Die Urkunde verliert ihre Befriedungsfunktion und degeneriert zur bloßen Diskussionsgrundlage für spätere Streitigkeiten. Glücklicherweise scheinen sich die Wogen hinsichtlich dieses Problems derzeit wieder etwas zu glätten. Die dahingehende Rechtsprechung blieb bisher nur auf den Einzelfall des Gewährleistungsausschlusses beim Kauf neu errichteter Gebäude beschränkt, Sie scheint nur aus der besonderen Problemlage dieses Einzelfalles entstanden zu sein. Einer Ausweitung auf andere Fallgruppen sind andere Senate des Bundesgerichtshofs in neueren Entscheidungen entgegengetreten⁴⁶.

2. Erweiterung notarieller Zuständigkeiten

Eine derart gesicherte Bestandskraft notarieller Urkunden ist notwendige Voraussetzung dafür, ihre justizentlastende Funktion möglicherweise de lege ferenda noch auszubauen. Zu denken wäre beispielsweise an eine Erweiterung notarieller Zuständigkeiten oder des Kreises beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte⁴⁷. Aus dem Jahre 1991 stammt hierzu ein Vorschlag der Bundesnotarkammer, nach dem bisher

staatliche Befugnisse auf Notare übertragen werden sollen⁴⁸. Danach ist vorgesehen, die Erbscheinserteilung und die Verwahrung notarieller Testamente auf den Notar zu verlagern. Außerdem sollen durch eine Neufassung des § 630 ZPO die Befugnisse des Notars zur Errichtung notarieller Scheidungsvereinbarungen so erweitert werden, daß das anschließende gerichtliche Scheidungsverfahren bei Vorliegen einer umfassenden vertraglichen Regelung im Beschlußwege erfolgen kann. Die entscheidende Änderung besteht darin, daß die Urkunde auch eine Vereinbarung zur Durchführung des Versorgungsausgleichs enthält und der Notar in Zukunft berechtigt sein soll, bei den Versorgungsträgern entsprechende Auskünfte über die Höhe der Anwartschaften einzuholen. Die Glaubhaftmachung des Trennungsjahres der Ehegatten soll vor dem Notar durch eidesstattliche Versicherung erfolgen.

Diese Vorschläge wurden zum Teil mit dem Argument kritisiert, es handele sich um eine nicht wünschenswerte und verfassungsrechtlich bedenkliche Privatisierung hoheitlicher Aufgaben⁴⁹. Genau dies trifft aber nach dem oben Gesagten nicht zu. Der Notar ist Organ vorsorgender Rechtspflege und übt als solches ohnehin hoheitliche Tätigkeit aus, so daß es hier nur darum gehen kann, ihm weitere staatliche Aufgaben zuzuweisen⁵⁰.

Insbesondere die Ausweitung der Regelungsmöglichkeit durch notarielle Scheidungsvereinbarungen könnte zu einer spürbaren Beschleunigung und Verbesserung des Verfahrens zu Gunsten des Bürgers führen. Da bei der Mehrzahl der Scheidungsfälle ein Vergleich hinsichtlich wichtiger Punkte erzielt wird, erfüllt hier das Gericht ohnehin quasi notariische Funktion⁵¹. In den Fällen, in denen jedoch grundsätzliche Kompromißbereitschaft der Beteiligten besteht, kann der Notar erfolgreich tätig werden. Die Mittel des Justizapparats sind nicht erforderlich. Da das vorgeschlagene vereinfachte Verfahren zum einen nur durchgeführt werden soll, wenn beide Parteien es wünschen, zum anderen die abschließende Entscheidung selbst beim Familiengericht verbleibt, ist die angestrebte Regelung auch verfassungsrechtlich nicht zweifelhaft⁵². Auf der anderen Seite kann der Aufwand der Sachverhaltsermittlung im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor Gericht erheblich reduziert werden.

Im Zusammenhang mit diesem Vorschlag wurde auch eine Neufassung des § 794 Abs. 1 Ziffer 5 ZPO geplant. Die Beschränkung der Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden auf Geldansprüche und die Leistung vertretbarer Sachen oder Wertpapiere macht es bisher unmöglich, eine Titulierung der Regelung hinsichtlich der Ehwohnung und des Hausrats in notariellen Scheidungsvereinbarungen herbeizuführen. Aber auch darüberhinaus ist eine Erweiterung der Vollstreckbarkeit aus notariellen Urkunden rechtspolitisch sinnvoll. Dadurch würde es ermöglicht, der notariellen Urkunde die gleichen Wirkungen wie einem gerichtlichen Vergleich zukommen zu lassen. Insbesondere im Zusammenwirken mit den Anwälten der Beteiligten kann der

⁴¹ Langenfeld, a. a. O., S. 73.

⁴² Langenfeld, a. a. O., S. 73.

⁴³ Grundlegend L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935.

⁴⁴ BGHZ 74, 204 = DNotZ 1979, 741; BGH, NJW 82, 2243 = MittBayNot 1982, 117 = DNotZ 1982, 626; BGH, NJW 84, 2094 = MittBayNot 1984, 123 = DNotZ 1984, 760; BGH, NJW 1989, 2748 = MittBayNot 1989, 266 = DNotZ 1990, 96.

⁴⁵ So Keim, a. a. O., S. 88 ff. m. w. N.

⁴⁶ BGHZ 98, 100, 106 ff. = MittBayNot 1986, 246 = DNotZ 1987, 92; BGH, MittBayNot 1991, 21 ff.

⁴⁷ So auch Lichtenberger, Festschrift 125 Jahre bay. Notariat S. 113, 129.

⁴⁸ Schreiben der BNotK v. 25. 11. 1991 an die Justizminister der Länder.

⁴⁹ Frohn, Rpfleger 1993, 265 ff.

⁵⁰ Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, S. 6 ff.

⁵¹ Schreiben der Bundesnotarkammer, S. 14.

⁵² Schreiben der Bundesnotarkammer, S. 16.

Notar dann auch bei der Regelung bestehender Streitigkeiten eine größere Rolle spielen und eine effizientere Alternative zur Justiz darstellen.

In einem bereits existierenden Verfahren wird der Notar jedoch darüberhinaus auch als echter Schlichter tätig mit dem Ziel, uneinige Parteien zusammenzuführen. So ist in Bayern gem. § 193 FGG und Artikel 38 Abs. 1 des Bayerischen AGGVG für die Vermittlung der Auseinandersetzung eines Nachlasses nach §§ 86 ff. FGG neben den Amtsgerichten auch der Notar zuständig⁵³. Er hat auf Antrag eines Miterben ein förmliches Verfahren einzuleiten, an dessen Abschluß ein Teilungsplan steht, der mittels Beschluß bestätigt wird und mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist. Nach Ablauf der Beschwerdefrist erwächst dieser Teilungsplan in formelle Rechtskraft. Das Besondere besteht darin, daß hier Beteiligte den Notar bemühen, die sich nicht vertragen und ihn mit der Aufgabe betrauen, einen gescheiterten Verhandlungsprozeß wieder in Gang zu setzen. Ein Referentenentwurf des Bundesjustizministers sieht ein ähnliches Verfahren nunmehr auch für die Sachenrechtsbereinigung in den neuen Bundesländern vor, falls sich Eigentümer und nach weiterbestehenden Nutzungsrechten des Rechts der früheren DDR Berechtigte nicht über eine vertragliche Regelung hinsichtlich des weiteren rechtlichen Schicksals des betroffenen Grundstückes einigen können. In diesem Fall soll das notarielle Verfahren einer Klageerhebung zwingend vorgeschaltet sein. In ihm können die bereits unstrittigen Punkte in einem Abschlußprotokoll verbindlich festgehalten werden, wodurch eine Konzentration des gerichtlichen Verfahrens auf die echten Streitpunkte ermöglicht wird⁵⁴.

Dieser Vorschlag gibt Anlaß zu der Erwägung, allgemein, ohne Beschränkung auf bestimmte materiell-rechtliche Sachverhalte eine notarielle Schlichtung einzuführen. Nach einer empirischen Untersuchung erledigen die Rechtsanwälte 70% aller Verfahren außergerichtlich⁵⁵. Sind allerdings beide Parteien anwaltlich vertreten, so sinkt diese Quote erstaunlicherweise auf 25 bis 30%⁵⁶. Dies und auch das bisherige Schattendasein des 1991 eingeführten vollstreckbaren Anwaltsvergleiches in der Praxis dürften nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß ein neutraler Vermittler fehlt und der Gesetzgeber bei seiner Konzeption des Anwaltsvergleiches den Notar zur bloßen Beglaubigungsperson degradiert hat⁵⁷. Die Einschaltung des Notars als Vermittler verbunden mit der erweiterten Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden würde sich als die bessere Alternative erweisen, zumal auch von anwaltlicher Seite vorgeschlagen wird, beim vollstreckbaren Anwaltsvergleich einen dritten Anwalt hinzuzuziehen⁵⁸. Dieser Vorschlag ist jedoch zu Recht auf Bedenken gestoßen. Insbesondere wird darauf abgestellt, daß eine Weiterberatung einer Partei durch den hinzugezogenen dritten Rechtsanwalt Parteiverrat darstel-

len dürfte⁵⁹. Gewichtiger scheint mir das Argument, daß eine solche Funktion derart der sonstigen Rolle des Rechtsanwaltes als Vertreter einer Partei widerspricht⁶⁰, daß seine Akzeptanz als Schlichter bei den Beteiligten bezweifelt werden muß.

Verstärkt werden könnte dagegen die Wirkung eines notariellen Vergleiches beispielsweise noch durch einen § 97 FGG nachgebildeten Bestätigungsbeschluß, der insofern rechtskraftfähig wäre, als Mängel des Beurkundungsverfahrens oder der Unrichtigkeit der Beurkundung in einem anschließenden gerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden können⁶¹.

Aber selbst die bloße Erweiterung der Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden ohne Einführung eines neuen förmlichen Verfahrens dürfte bereits zu einer spürbaren Erhöhung der Zahl außergerichtlicher Vergleiche führen.

3. Erweiterung notarieller Beurkundungserfordernisse

Auch auf dem traditionellen Betätigungsfeld des Notars, der Konfliktverhinderung durch Urkunden, sind Erweiterungen möglich. Insofern können die Vorschläge *Wolfsteiners* in seinem Vortrag anlässlich des diesjährigen deutschen Notartages aufgegriffen werden⁶², der den Aspekt des Verbraucherschutzes durch notarielle Urkunden hervorgehoben hat. Verbraucherschutz im Vorfeld des Vertragsabschlusses ist praktizierte Streitverhinderung. Unnötige Prozesse werden durch bessere Aufklärung des Verbrauchers vor der Unterschrift vermieden in dem er davon abgehalten wird, riskante Geschäfte abzuschließen. Es kommt jedoch noch ein weiterer Aspekt hinzu: Die Durchsetzung der durch höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierten materiell-rechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen in den Verträgen der täglichen Praxis wird durch die Mitwirkung eines qualifizierten Rechtsberaters bei der Vertragsgestaltung erheblich beschleunigt und vereinfacht.

Im einzelnen möchte ich noch kurz auf das von *Wolfsteiner* angesprochene Problem der Mitverpflichtung Dritter für fremde Schulden durch Bürgschaften eingehen, das er durch ihre Beurkundungspflicht entschärfen möchte. Dazu ein Beispiel aus der täglichen Praxis: Bestellen die Eltern an ihrem Grundstück eine Grundschuld als Sicherheit für den Kredit ihres Sohnes, so möchten Sie nur mit dem Grundstück, nicht aber persönlich haften. Nach der Rechtsprechung ist ein in einer zusätzlichen Klausel des Grundschuldformulars enthaltenes abstraktes Schuldversprechen wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG nichtig⁶³. Der Notar darf dies folglich nicht beurkunden⁶⁴. Nicht zuletzt als Reaktion darauf gehen die Banken zunehmend dazu über, in dem privatschriftlichen Darlehensvertrag den Sicherungsgeber als Mitverpflichteten der Schuld beitreten zu lassen. Dies führt dazu, daß — rechtlich unbedenklich — bei der späteren Beurkundung der Grundschuld lediglich eine bereits vorher bestehende Mitverpflichtung durch ein Schuldanerkenntnis gesichert wird. Die notarielle Beleh-

⁵³ Vgl. hierzu *Bracker*, MittBayNot 1984, 114; BayObLG, MittBayNot 1983, 137.

⁵⁴ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen v. 26. 4. 1993, S. 144.

⁵⁵ *Wasilewski*, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, S. 36.

⁵⁶ *Wasilewski*, a. a. O., S. 72.

⁵⁷ Dazu *Keller*, MittBayNot 1992, 313 ff.; vgl. im übrigen *Bachmayer*, BWNNotZ 1991, 135; *Geimer*, DNotZ 1991, 266; *Will*, BWNNotZ 1992, 89; *Ziege*, NJW 1991, 1580 ff.

⁵⁸ *Grisebach*, AnwBl 1993, 259; *Ponschab*, AnwBl 1993, 430 f.

⁵⁹ *Stempel*, AnwBl 1993, 436.

⁶⁰ *Stempel*, AnwBl 1993, 436.

⁶¹ Ähnlich *Lichtenberger*, Festschrift 125 Jahre bay. Notariat S. 113, 129.

⁶² DNotZ 1993, Sonderheft, S. 21 ff.; siehe auch *Schwackenber*, AnwBl. 1993, 495.

⁶³ BGHZ 114, 13.

⁶⁴ *Seybold/Hornig*, § 14 BNotO, Rdnr. 11.

rung, aber auch der Schutz des AGB-Gesetzes⁶⁵, gehen ins Leere. Die Schlacht ist bereits vor der Beurkundung geschlagen. Resultat dieser pauschalen Mitverpflichtung Dritter in Kreditverträgen ist eine umfangreiche und unübersichtliche höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit dieser Verträge⁶⁶. Es besteht daher durchaus Bedarf nach einer wirksamen Kontrolle bereits im Vorfeld für Bürgschaften, aber auch für Ersatzkonstruktionen, wie Schuldbeitritt oder Garantievertrag, die wegen der Nichtanwendung der bürgschaftsrechtlichen Schutzvorschriften sogar noch größere Gefahren aufweisen.

Als weiterer Fall kann noch der von *Wolfsteiner* ebenfalls angesprochene Problemkreis der geschlossenen Immo-

⁶⁵ Gem. § 8 AGBG nicht kontrollfähige Hauptleistungspflicht, *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 8 AGBG, Rdnr. 18.

⁶⁶ BGH, NJW 1991, 923; 1991, 2015; 1992, 896 = DNotZ 1993, 322.

lienfonds genannt werden, bei dem die Beurkundungsbedürftigkeit sicherlich weiteren Schaden vermeiden könnte⁶⁷.

Zuzugeben ist zwar, daß auch die notarielle Beurkundung kein Allheilmittel zur Prozeßvermeidung sein kann und einige Konflikte eben doch nur durch ein gerichtliches Urteil zu lösen sind. Andererseits möchte ich aber mit einem Zitat *Gustav Radbruchs* an eine größere Kompromißbereitschaft in unserer Gesellschaft appellieren, der in seinen Aphorismen des Rechts sagt: „Da die Rechtsordnung zugleich Friedensordnung ist, wird ihr in mancher Bagatellsache am besten gedient, wenn um des lieben Friedens willen auf das ‚gute Recht‘ verzichtet wird“⁶⁸. Zur Errichtung eines Klimas größerer Verhandlungsbereitschaft können wir Notare sicherlich einiges beitragen, damit der eingangs erwähnte vom Spiegel befürchtete Infarkt der Justiz ausbleibt.

⁶⁷ A. a. O., S. 27.

⁶⁸ *Radbruch*, Aphorismen des Rechts, S. 17.

Das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz

Von Notar a. D. Dr. Oliver Vossius, München

Inhalt

- I. Entstehung des Gesetzes
- II. Umstellung der Register auf EDV
- III. Flankierende Änderungen der GBO
 1. Einsichtsrecht
 2. Buchung von Miteigentumsanteilen
 3. Vereinigung
 4. Gesamterbbaurecht
 5. Antragsrücknahme
 6. Vollzugsnachricht
- IV. Neuregelungen im Recht der Deutschen Einheit
 1. Grundbuchverfahrensrecht, Gebäudeeigentum
 2. Wiederherstellung der Registerpublizität
 - a) Grundbuchbereinigung
 - b) Zulassung gutgläubig lastenfreien Erwerbs
 3. Vollstreckungsrecht
 4. Heilungs- und Übergangsvorschriften
 - a) Verträge staatlicher Verwalter
 - b) gesetzliche Auseinandersetzung
 5. Sachwalterschaft bei unbekanntem Beteiligten
 6. Vermessungsverfahren
 7. Bodenreform
 - a) Buchberechtigter
 - b) Zuteilungsberechtigter
 - c) Widerspruchsverfahren
 - d) Initiativrecht des Fiskus
 8. Vertragsmoratorium
 9. Neufassung der Grundstücksverkehrsordnung
 - a) Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit
 - b) Negativattest
 - c) anhängige Verfahren
 10. Varia et curiosa
 - a) D-Markbilanzgesetz
 - b) Vermögensgesetz

Im Bundesgesetzblatt vom 24. 12. 1993¹ ist das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren (Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz — RegVBG) vom 20. 12. 1993 verkündet. Das Gesetz ist aufgrund seines Art. 20 mit Wirkung vom 25. 12. 1993 an in Kraft getreten, mit Ausnahme des neugefaßten Art. 233 § 13 EGBGB², der erst vom 1. 6. 1994 an gilt.

Das RegVBG, ein Artikelgesetz, soll zum einen die Rechtsgrundlage für die Umstellung der öffentlichen Register (Grundbuch, Handels-, Vereins- und Genossenschaftsregister) auf elektronische Datenverarbeitung schaffen. Zum zweiten ist das RegVBG ein weiteres Glied in der nicht enden wollenden Kette von Reparaturgesetzen im Zuge der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands. Zum dritten hat das RegVBG den Charakter eines verfahrensrechtlichen Vorschaltgesetzes für die zu erwartende Sachenrechtsbereinigung und Schuldrechtsanpassung³.

¹ BGBl. I, S. 2182.

² BGBl. I, S. 2214.

³ Näher hierzu *Bundesministerium der Justiz*, Recht Juli/August 1993, S. 65–67; *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432.

In Abschnitt 1, Art. 1, 3 mit 11 enthält das RegVBG die notwendigen Gesetzesänderungen für die Umstellung der öffentlichen Register auf elektronische Datenverarbeitung.

Die in Abschnitt 1 Art. 2, Abschnitt 2 Art. 12 – 15, Abschnitt 3 Art. 16 – 17 enthaltenen Vorschriften gehören zur Gruppe der Reparatur- und Vorschaltgesetze im Zuge der Herstellung der Einheit Deutschlands.

I. Entstehung des Gesetzes

Selten ist ein derart komplexes legislatives Vorhaben in solcher Geschwindigkeit von Vorüberlegungen zur Verkündung im Bundesgesetzblatt gediehen. Auslöser der ersten Überlegungen im Herbst 1992 waren Forderungen der Länder nach Schaffung der Rechtsgrundlagen für die Einführung eines EDV-Grundbuchs⁴. Insbesondere die neuen Länder wollten die Chance nicht ungenutzt lassen, bereits bei der Wiederherstellung ordnungsgemäßer Zustände im Grundbuchwesen die Weichen für die Zukunft zu stellen. Im Februar 1993 legten die zuständigen Referate des Bundesministeriums der Justiz einen Diskussionsentwurf vor, zu dem im März 1993 die Länder und Verbände Stellung nahmen. Laufend wurden Anregungen in den Entwurf eingearbeitet, der am 27. 3. 1993 vom Kabinett beschlossen und dem Bundesrat vorgelegt wurde. Der Bundesrat verabschiedete den Entwurf mit Änderungsvorschlägen am 9. 7. 1993, die Bundesregierung brachte den Entwurf samt der Stellungnahme des Bundesrats und ihrer Gegenäußerung am 12. 8. 1993 in den Bundestag ein⁵. In seiner Sitzung vom 24. 11. 1993 empfahl der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages die einstimmige Annahme des Entwurfs mit weiteren Änderungen⁶, das Plenum des Bundestages folgte am 26. 11. 1993 der Empfehlung. Der Bundesrat erteilte am 17. 12. 1993 die nach Art. 80 Abs. 2 und 84 Abs. 1 des Grundgesetzes erforderliche Zustimmung, verbunden mit einer Entschliebung zu Fragen des Vermögenszuordnungsrechts und zum Zustimmungsgesetz zum Truppenabzugsvertrag⁷.

Alles in allem hat das Vorhaben somit etwas über ein Jahr in Anspruch genommen, wovon knapp 9 Monate auf die Behandlung in den verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorganen entfielen. Hinter dieser kurzen Zeit steht eine enorme Leistung der Ministerialverwaltung im Bundesministerium der Justiz und den damit befaßten Länderministerien.

⁴ Dank der um 1970 begonnenen Vorarbeiten (hierzu *Ring*, MittBayNot 1971, 225–227; *Bader*, MittBayNot 1972, 279 f.; *Keim*, MittBayNot 1980, 189–193) konnte auf gründlich diskutierte Entwürfe zurückgegriffen werden. Damals wie heute beruht das elektronische Grundbuch in besonderem Maße auf den Konzepten des bayerischen Ministerialrats (nunmehr a. D.) *Göttlinger*.

⁵ BT-Drucks. 12/5553 vom 12. 8. 1993.

⁶ BT-Drucks. 12/6228.

⁷ BR-Drucks. 862/93.

II. Umstellung der Register auf EDV⁸

Das RegVBG schafft mit den Sonderregelungen im neuen 7. Abschnitt der Grundbuchordnung⁹, den entsprechenden Vorschriften der Grundbuchverordnung¹⁰, den neuen §§ 8 a und 9 a HGB in Verbindung mit § 125 Abs. 2 und 3 FGG¹¹, § 161 GenG¹², § 93 Schiffsregisterordnung¹³ und den §§ 55 a, 79 BGB¹⁴ Sonderregelungen für EDV-geführte Register. Diese gelten erst dann, wenn das jeweilige Bundesland¹⁵ sich durch Rechtsverordnung für die Einführung solcher Registrierungsverfahren entscheidet¹⁶.

Wesentlicher Unterschied zur bisherigen Registerführung wird die Anknüpfung des öffentlichen Glaubens und der Registerpublizität an die Abspeicherung der Eintragung in der EDV-Anlage sein¹⁷. Anstelle der körperlichen Einsicht in das in Papierform geführte Register wird der Benutzer künftig Einsicht über Bildschirmterminals oder in Computerausdrucke nehmen¹⁸.

Bei der Schaffung der erforderlichen Verfahren zur Umstellung auf öffentliche Register sind der Freistaat Bayern und der Freistaat Sachsen federführend. In Bayern beginnt in diesem Jahr ein diesbezügliches Pilotprojekt beim Grundbuchamt München. Nach Vorliegen und erfolgreich durchgeführter Erprobung der entsprechenden Software soll der gesamte Grundbuchbestand des Grundbuchamts München nach und nach durch Einsatz von Scannern¹⁹ in elektronische Speichermedien überführt und von dort aus weiterbearbeitet werden. Die Münchner Notare sollen von ihrer Amtsstelle aus über einen speziellen Terminal und einen ISDN-Anschluß Grundbucheinsicht im Zentralrechner des Grundbuchamts nehmen können.

Dieses Einsichtsrecht über das sog. automatisierte Abrufverfahren ist in § 133 GBO-neu geregelt²⁰. Erforderlich ist die Genehmigung der Landesjustizverwaltung, die nur einem begrenzten Personenkreis erteilt werden kann, u. a. den Notaren. Als Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) steht der Notar anderen öffentlichen Stellen gleich²¹.

Die öffentliche Hand wird durch die Einführung elektronischer Register zunächst mit enormen Kosten für die Beschaffung der erforderlichen Hardware und die Entwicklung und Erprobung der zugehörigen Software belastet. Demgegenüber stehen jedoch zu erwartende Einsparungen

⁸ Hierzu *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432–433; *Böhringer*, DtZ 1993, 202–203; *Strobel*, StR 1993, 950/951 f.

⁹ §§ 126 ff. GBO-neu, BGBl. I, S. 2188 ff.

¹⁰ §§ 61 ff. GBV-neu, BGBl. I, S. 2197 f.

¹¹ BGBl. I, S. 2204 ff.

¹² BGBl. I, S. 2208. Zugleich tritt eine Mitgliederliste der Genossenschaft an die Stelle der vom Registergericht geführten Liste, § 30 GenG-neu.

¹³ BGBl. I, S. 2208.

¹⁴ BGBl. I, S. 2209 f.

¹⁵ Im Fall des Schiffsregisters liegt die Kompetenz beim Bundesministerium der Justiz, § 93 SchiffsregisterO.

¹⁶ §§ 126 Abs. 1 GBO-neu, 8 a Abs. 1 HGB-neu, 125 Abs. 2 FGG-neu, 161 Satz 2 GenG-neu, 55 a BGB-neu.

¹⁷ §§ 129 Abs. 1 GBO-neu, 8 a Abs. 2 HGB-neu, 55 a Abs. 4 BGB-neu.

¹⁸ Z. B. nach § 131 GBO-neu.

¹⁹ Näher *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432/433.

²⁰ I. V. m. §§ 134 GBO-neu, 80–85 GBV.

²¹ Vgl. § 133 Abs. 5 GBO-neu.

im Personalbereich²². Weiter dürften sich die Erledigungszeiten für Eintragungersuchen und Grundbuchauszüge weiter verkürzen, was die Benutzerfreundlichkeit des Grundbuchs steigern wird. Mit dem EDV-Grundbuch gelingt Deutschland zugleich der Anschluß an eine internationale Entwicklung, welche derzeit durch die führende Rolle Österreichs gekennzeichnet ist.

Klärungsbedürftig sind noch Fragen der Datensicherheit. Zu wünschen ist, daß über die Bedingungen der Entwicklungs- und Beschaffungsverträge mit der gewerblichen Wirtschaft keine Monopolrenten entstehen, sondern es bei leistungsbezogenen, marktgerechten Vergütungen bleibt. Solches läge im Interesse der Durchsetzung kompatibler Systeme in ganz Deutschland.

III. Flankierende Änderungen der GBO

1. Einsichtsrecht

Im Zuge der allgemeinen Tendenz, bislang *praeter legem* geregelte Materien nunmehr gesetzlich zu normieren, wurden in die Grundbuchordnung umfangreiche Regelungen zum Eigentümer- und Sachverzeichnis sowie zum Einsichtsrecht aufgenommen²³. Ein Motiv hierfür stellen vielfach die Belange des Datenschutzes dar²⁴. Hier empfiehlt es sich, in Zukunft gerade die europäischen Entwicklungen des Datenschutzes genau zu verfolgen. Es steht zu befürchten, daß ein zu starkes Gewicht auf dem Schutz der Geheimhaltung der Vermögensverhältnisse des Eigentümers dazu führt, daß der offenkundige Vorteil der Registerpublizität für den Rechtsverkehr in den Hintergrund gedrängt und das Register so entwertet wird.

2. Buchung von Miteigentumsanteilen

Nach dem neugefaßten § 3 GBO können Miteigentumsanteile an gemeinschaftlich genutzten Grundstücken künftig unter erheblich gelockerten Voraussetzungen auf den Blattstellen der „herrschenden“ Grundstücke gebucht werden. Bedeutung hat die neue Regelung für

- im Miteigentum von Anliegern (z. B. Reihenhaussiedlungen) stehende Teilflächen für Straßen und Wege, Abstellplätze für Mülltonnen und dergleichen,
- Doppel- und Vierfachparker bei Wohnungseigentumsanlagen.

Die Gefahr des „Vergessens“ von Weganteilen oder Stellplätzen bei Veräußerungen wird künftig erheblich geringer.

Eine Buchung im Bestandsverzeichnis des herrschenden Grundstücks ist auf Antrag des Eigentümers unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 6 GBO im eigenen Besitz möglich. In Betracht kommt dies

- entweder zeitgleich mit dem Vollzug der Grundstücks- teilung im eigenen Besitz des Verkäufers bzw. dem Vollzug der Teilungserklärung nach dem WEG²⁵ oder

²² §§ 128 Abs. 2, 130 GBO-neu.

²³ §§ 12 a–12 c GBO-neu, BGBl. I, S. 2184 f.

²⁴ Vgl. etwa §§ 133 GBO-neu (BGBl. I, S. 2189), 9 a HGB-neu (a. a. O., S. 2205), 31 GenG-neu (a. a. O., S. 2206), 79 BGB-neu (a. a. O., S. 2209 f.).

²⁵ Letzteres scheidet in der Regel deshalb aus, weil dann die einzelnen Mehrfachparker den Wohnungen bereits vor Abschluß der Kaufverträge fest zugeordnet sind. Zudem ist fraglich, ob eine Zuordnungsänderung durch Austausch von (fiktiven) Miteigentumsanteilen im eigenen Besitz überhaupt zulässig ist.

— mit Eintragung der Auflassungsvormerkung für den Käufer aufgrund des Kaufvertrages, in dem die entsprechenden Miteigentumsanteile mitverkauft bzw. die entsprechenden Kfz-Stellplätze zugeordnet wurden²⁶.

Die Folgeänderung von § 1114 BGB²⁷ vermeidet die bisher notwendige Nachverpfändung des Miteigentumsanteils unter ein Finanzierungsgrundpfandrecht des Käufers mit Vollzug der Eigentumsumschreibung. Künftig ist der im eigenen Besitz nach § 3 Abs. 6 GBO gebildete Miteigentumsanteil auch der sofortigen Belastung durch ein Grundpfandrecht zugänglich²⁸. Eine Folgeänderung von § 1010 BGB ist jedoch unterblieben²⁹. Die Benutzungsregelung und der Gemeinschaftsaufhebungsausschluß können also wie bisher erst mit Eigentumsumschreibung eingetragen werden. Möglich ist aber ein Rangvorbehalt für die im Veräußerungsvertrag vereinbarte Benutzungsregelung mit Gemeinschaftsaufhebungsausschluß bei der Finanzierungsgrundschuld.

Bei Buchung gem. § 3 Abs. 6 GBO müssen Eintragungen an allen betroffenen Blattstellen mit entsprechenden Verweisungen (entsprechend dem Mithaftvermerk) vorgenommen werden, § 3 Abs. 9 GBO.

3. Vereinigung

Zum Zwecke der besseren Integration von EDV-Grundbuch und EDV-Liegenschaftskataster wird die verfahrensrechtliche Zulässigkeit der Grundstücksvereinigung durch den neuen § 5 Abs. 2 GBO³⁰ beschränkt.

4. Gesamterbbaurecht

Aus den gleichen Gründen wird auch die Zulässigkeit von Gesamterbbaurechten durch einen neuen § 6 a GBO³¹ verfahrensrechtlich beschränkt.

5. Antragsrücknahme

Nach der Neufassung des § 31 GBO³² bedarf die Rücknahme eines Berichtigungsantrags nicht mehr der Form des § 29 Abs. 1 GBO.

6. Vollzugsnachricht

Im Sinne der oben bereits erwähnten Tendenz zur gesetzlichen Normierung von Verwaltungspraxis werden die Bestimmungen über Vollzugsnachricht präzisiert und zugunsten der durch die Eintragung Betroffenen erweitert, §§ 55 bis 55 b GBO³³.

²⁶ Dies hat wiederum den Nachteil, daß mit Vollzug der Teilungserklärung zunächst für die Mehrfachparker Teileigentumsgrundbücher angelegt und im Zuge der Übertragung der nach § 3 Abs. 6 GBO gebildeten Miteigentumsanteile auf die Blattstellen der verkauften Wohnungen wieder geschlossen werden müssen.

²⁷ BGBl. I, S. 2210.

²⁸ Die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Grundpfandrecht wird allerdings nicht ganz einfach sein, wenn es nicht zur Eigentumsumschreibung auf den Erwerber kommt.

²⁹ Die Probleme der fingierten Rechte gegen sich selbst wären, wie §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2377 BGB zeigen, überwindbar.

³⁰ BGBl. I, S. 2183; zur Bestandteilszuschreibung siehe § 6 Abs. 2 GBO-neu.

³¹ BGBl. I, S. 2184. Damit hat das Gesamterbbaurecht auf dem Umweg über das Grundbuchverfahrensrecht seine gesetzliche Anerkennung gefunden.

³² BGBl. I, S. 2185.

³³ BGBl. I, S. 2186.

IV. Neuregelungen im Recht der deutschen Einheit

Für das Beitrittsgebiet von Belang sind (u. a.) folgende Regelungen des RegVBG:

1. Grundbuchverfahrensrecht, Gebäudeeigentum

§ 144 GBO-neu³⁴ enthält Übergangsvorschriften für bisherige Systeme der Grundbuchführung einschließlich der Zuständigkeit.

Die Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern betreffen neben § 144 Abs. 1 Nr. 4 GBO-neu die Neuregelungen in Art. 233 §§ 2 b, 2 c und 4 Abs. 1 Sätze 2 – 3 EGBGB³⁵. Durch den neuen Art. 233 § 2 b Abs. 4 soll der grundbuchtechnische Vollzug des Erwerbs nicht gebuchten Gebäudeeigentums durch den Grundstückseigentümer vereinfacht werden. Bedeutung hat dies vor allem für Gebäudeeigentum der vormaligen landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften³⁶. Der Wortlaut, der vom Erwerb des „Gebäudeeigentums“ spricht, ist allerdings mißverständlich. Denn dieser Erwerb würde die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblatts³⁷ voraussetzen, das eine logische Sekunde nach dem Erwerb infolge der Aufgabe des Gebäudeeigentums durch den Erwerber nach Art. 233 § 2 b Absatz 4 Satz 1 i. V. m. § 4 Abs. 5 wieder zu schließen wäre³⁸. Dieser Aufwand ist nicht gewollt. Jedenfalls dann, wenn der Erwerber das erworbene (unbelastete) Gebäudeeigentum nur eine logische Sekunde nach dem Eigentumsübergang wieder aufgibt, sollte es der Anlegung eines Gebäudegrundbuchblatts nicht bedürfen, die Einreichung der Aufgabeerklärung zu den Grundakten des Grundstücks müßte genügen. Ohne Gebäudegrundbuchblatt ist allerdings ein gutgläubiger Gebäudeerwerb nicht möglich³⁹, so daß zumindest in Zweifelsfällen ein Antrag auf vorherige Buchung des Gebäudeeigentums ratsam ist.

Hervorzuheben ist weiter Art. 233 § 2 c Abs. 2 EGBGB. Nach dieser Vorschrift kann zur Sicherung der Ansprüche des Nutzers aus dem gemäß Art. 233 § 3 Abs. 2 EGBGB zu erlassenden Sachenrechtsbereinigungsgesetz in Abteilung II des Grundbuchs des betroffenen Grundstücks ein Vermerk eingetragen werden, soweit der Nutzer unter das Moratorium nach Art. 233 § 2 a EGBGB fällt. Der Vermerk wirkt wie eine Vormerkung⁴⁰. Im Regelfall ist zur Eintragung des Vermerks eine entsprechende Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich, da das Grundbuchamt das Vorliegen eines durch das Moratorium geschützten Nutzungstatbestands nicht selbständig prüfen kann. Aufgrund der Verweisung auf § 885 BGB⁴¹ ist jedoch auch die Eintragung aufgrund einstweiliger Verfügung zulässig.

³⁴ BGBl. I, S. 2191 f.

³⁵ BGBl. I, S. 2213.

³⁶ Aufgrund § 27 LPG-Gesetz vom 2. 7. 1982 (GBl. I, S. 443) bzw. § 13 LPG-Gesetz vom 3. 6. 1959 (GBl. I, S. 577).

³⁷ Art. 233 § 2 b Abs. 5 EGBGB. Hierzu und zu Umgehungsmöglichkeiten (Aufgabe analog Art. 233 § 4 Abs. 5 EGBGB) *Hügel*, MittBayNot 1993, 196/199. Bei der Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern bestehen jedoch in der Praxis zum Teil erhebliche Vollzugsdefizite.

³⁸ Nach der Begründung will die Vorschrift nur die Reziprozität der Erwerbsmöglichkeiten klarstellen (BT-Drucks. 12/5553, S. 132).

³⁹ So auch *Hügel*, MittBayNot 1993, 196/199. Dies hat Bedeutung bei Gebäudekomplexen, die von mehreren LPG gemeinsam errichtet wurden.

⁴⁰ Art. 233 § 2 c Abs. 2 Satz 2 EGBGB.

⁴¹ Art. 233 § 2 c Abs. 2 Satz 3 EGBGB.

Dinglich Berechtigten am Nutzungsrecht steht ein solches Recht nicht zu. Denkbar erscheint aber die Pfändung der diesbezüglichen Ansprüche des Nutzers mit der Folge, daß die Eintragung eines Vermerks mit einem Pfandvermerk zugunsten des Gläubigers durch letzteren erzwingbar wird. Abzuwarten bleibt, ob sich die Rechtslage durch das geplante Sachenrechtsbereinigungsgesetz ändern wird.

2. Wiederherstellung der Registerpublizität

Wesentliches Ziel des RegVBG ist die Wiederherstellung des Grundbuchs in seiner bisherigen Aussagekraft in ganz Deutschland. Diese ist im Beitrittsgebiet zum einen durch eine Vielzahl gegenstandsloser Eintragungen getrübt, zum anderen durch die regelmäßige Nichteintragung wesentlicher Belastungen⁴².

a) Grundbuchbereinigung

Der schnellen Beseitigung überflüssiger Eintragungen soll das Grundbuchbereinigungsgesetz⁴³ dienen. Es enthält Vorschriften zur Umstellung wertbeständiger, aber nicht auf Deutsche Mark lautender Rechte (z. B. Roggen- oder Feingoldgrundpfandrechte, §§ 1 - 4 GBBerG), zum Erlöschen von persönlich beschränkten dinglichen Rechten (§§ 5 - 6 GBBerG), zur Wiederherstellung der Registerpublizität bei Mitbenutzungs- und anderen dinglichen Rechten (§§ 8 - 9 GBBerG) und zur Ablösung geringwertiger Grundpfandrechte durch Hinterlegung (§ 10 GBBerG). Auch für die alten Bundesländer gelten § 5 Abs. 1 und 3 GBBerG, Verordnungsmaßnahmen für die alten Bundesländer zur Inkraftsetzung entsprechender Bestimmungen enthalten die §§ 6 Abs. 3 Satz 2 und 8 Abs. 3 Satz 3 GBBerG⁴⁴.

b) Zulassung gutgläubig lastenfreien Erwerbs

Bei Gebäudeeigentum, anderen Nutzungsstatbeständen, Mitbenutzungsrechten und Miteigentum nach § 459 ZGB wird die Registerpublizität dadurch wiederhergestellt⁴⁵, daß nach dem 31. 12. 1996 ein gutgläubig lastenfreier Grundstückserwerb dann möglich ist, wenn das Recht bis dahin nicht eingetragen oder nicht nach Art. 233 § 2 c Abs. 2 EGBGB im Grundbuch vermerkt wurde⁴⁶.

3. Vollstreckungsrecht

Bislang war die Befähigungsfähigkeit von Grundstücken im Beitrittsgebiet durch die Unklarheit über nicht gebuchte dingliche Nutzungs- und Mitbenutzungsrechte und Gebäudeigentumsrechte in Frage gestellt. Denn die Ermittlung eines zutreffenden Grundstückswerts (§ 74 a Abs. 5 ZVG) ist nicht möglich, solange Unklarheit über die sachenrechtliche Zuordnung des Gebäudes besteht⁴⁷. Durch § 9 a EGZVG-neu⁴⁸ ist nunmehr klargestellt, daß die Beschlag-

nahme des Grundstücks nach dem 31. 12. 1996 auch das Gebäudeigentum erfaßt. Die oben erwähnte Wiederherstellung der Registerpublizität hat somit auch zwangsversteigerungsrechtliche Konsequenzen⁴⁹.

4. Heilungs- und Überleitungsvorschriften

a) Verträge staatlicher Verwalter

Durch Art. 232 § 1 a EGBGB⁵⁰ werden Mängel der von staatlichen Organen der DDR oder von staatlichen Verwaltern geschlossenen Überlassungsverträge⁵¹ geheilt.

b) gesetzliche Auseinandersetzung

Von besonderem Interesse ist die gesetzliche Auseinandersetzung gemeinschaftlichen Eigentums von Ehegatten, die nicht in den Güterstand des FGB zurückgekehrt haben, nach Art. 234 § 4 a EGBGB⁵² in Verbindung mit § 14 GBBerG⁵³. Unter die Vorschrift fallen nur Gegenstände des gemeinschaftlichen Eigentums, d. h. nur Sachen i. S. des § 90 BGB, nicht etwa Rechte und Verbindlichkeiten⁵⁴. Die Auseinandersetzung kraft Gesetzes erfolgt zwingend zu gleichen Bruchteilen. Für Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte können die Ehegatten durch übereinstimmende schriftlich oder zur Niederschrift des Grundbuchamts abgegebene Erklärung⁵⁵ andere Anteile bestimmen, dies jedoch nur bis zum Ablauf des 24. 6. 1994 und nur zugleich mit dem Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs. Nach Ablauf dieser Frist ist nur noch die Übertragung von Bruchteilen nach §§ 873, 925, 313 BGB statthaft.

Die vorgesehene gesetzliche Auseinandersetzung ist nicht unproblematisch. Der Einigungsvertrag⁵⁶ hat mit Art. 234 § 4 Abs. 4 EGBGB die Anwendbarkeit von § 39 DDR-FGB für die Auseinandersetzung des bis zum Wirkamwerden des Betriffs erworbenen gemeinschaftlichen Eigentums und Vermögens vorgesehen. Hiernach ist die Halbteilung nicht durchweg vorgegeben⁵⁷. Insbesondere dann, wenn ein Ehepartner weder durch Erwerbstätigkeit noch durch Arbeit im Haushalt einen angemessenen Beitrag zur Schaffung des gemeinschaftlichen Vermögens geleistet hat, wird dem anderen durch Art. 234 § 4 a EGBGB eine vermögenswerte Rechtsposition entzogen. Art. 14 GG erscheint beeinträchtigt.

5. Sachwalterschaft bei unbekanntem Beteiligten

Das RegVBG enthält eine Fülle neuer Vorschriften zur Regelung der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis für unbekanntem Berechtigten. Hervorzuheben sind hier:

⁴⁹ Vgl. Art. 233 § 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 2 Satz 3 EGBGB (BGBI. I, S. 2213 f.).

⁵⁰ BGBI. I, S. 2212.

⁵¹ Mit dem Überlassungsvertrag wurde dem Überlassungsnehmer eine dem Inhaber eines Nutzungsrechts ähnliche Rechtsposition eingeräumt; auch diese Fälle sollen ausschließlich über die vorgesehene Sachenrechtsbereinigung abgewickelt werden.

⁵² BGBI. I, S. 2215.

⁵³ BGBI. I, S. 2196.

⁵⁴ Die Auseinandersetzung von Rechten und Verbindlichkeiten zu hälftigem Miteigentum ist schon mangels Mitwirkung des am Schuldverhältnis beteiligten Dritten rechtstechnisch schwer vorstellbar und müßte im übrigen konform zu §§ 420 ff. BGB erfolgen.

⁵⁵ Hierzu kritisch *Tritel*, *OV-Spezial*, 1/94, S. 6 f.

⁵⁶ Anlage I Sachgebiet B Abschnitt 2 Nr. 1.

⁵⁷ Ausnahmen sind in § 39 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 FGB geregelt.

⁴² Rechte nach Art. 233 §§ 2 a, 2 b, 4, 5 und 8 EGBGB.

⁴³ GBBerG, BGBI. I, S. 2192 ff. Zum Entwurf *Schmidt-Ranssch*, *VIZ* 1993, 432/434; *Sprobel*, *DSiR* 1993, 950/952; *Böhlinger*, *DZ* 1993, 336.

⁴⁴ Ein Ausnutzen dieser Ermächtigung hätte in Bayern erhebliche Konsequenzen für den Fortbestand altrechtlicher Dienstbarkeiten.

⁴⁵ *Böhlinger*, *DZ* 1993, 336 f.

⁴⁶ Art. 231 § 5 Abs. 3-5 EGBGB (BGBI. I, S. 2211), Art. 233 § 4 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 EGBGB, Art. 233 § 5 Abs. 2 EGBGB, Art. 233 § 8 Satz 2 EGBGB (BGBI. I, S. 2213 f.).

⁴⁷ *Schmidt-Ranssch*, *VIZ* 1993, 432/433 f.

⁴⁸ BGBI. I, S. 2211.

- Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB⁵⁸: Gesetzlicher Vertreter des unbekanntem Eigentümers.
- Veräußerungs- und Belastungsbefugnis für gesetzliche Vertreter nach § 11 b Vermögensgesetz und Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB oder für nach § 7 GBBerG⁵⁹ bestellte Pfleger des Eigentümers eines im Beitrittsgebiet gelegenen Grundstücks unter der Voraussetzung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nach Durchführung eines aufgebotsähnlichen Verfahrens, § 7 GBBerG.
- Erweiterung der gesetzlichen Verfügungsbefugnis über noch nicht zugeordnetes, in Rechtsträgerschaft stehendes ehemals volkseigenes Vermögen nach § 8 VZOG⁶⁰.

Daneben bestehen im Einigungsrecht folgende einschlägige Regelungen:

- Art. 233 § 10 EGBGB (Vertretungsbefugnis für Personenzusammenschlüsse alten Rechts).
- § 6 Abs. 1 a Satz 2 Vermögensgesetz (Lazarus-Gesellschaften).
- § 11 b Vermögensgesetz (Vertretung des unbekanntem Eigentümers).

Weiter dürften in öffentlich-rechtlichen Verfahren die einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts⁶¹ anwendbar sein.

Leider wurde die Sachwalterschaft für unbekanntem Berechtigte nicht zusammenfassend geregelt. Möglich erschiene je eine einheitliche Regelung für öffentlich-rechtliche und für privatrechtliche Verfahren, letzteres z. B. durch Modifizierung des Rechts der Pflugschaft über Art. 234 EGBGB. Nach wie vor besteht somit eine schwierige Gemengelage verschiedenartiger Normen über Vertretung und Verfügungsbefugnis. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften und ihr Verhältnis untereinander dürfte sich nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes bestimmen. Dies bedeutet: Zunächst ist die Vorschrift heranzuziehen, die speziell für die einschlägige Rechtsmaterie gilt. Vorrang (z. B. öffentlich-rechtliche Vermögenszuordnung innerhalb eines Verfahrens nach dem künftigen privatrechtlichen Sachenrechtsbereinigungsgesetz) sind hierbei gesondert anzuknüpfen. Bei Lücken kann u. U. auf andere Sachwaltervorschriften zurückgegriffen werden, wenn deren Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

6. Vermessungsverfahren

Die Nichtbeachtung bestehender Grundstücksgrenzen bei der Durchführung von Baumaßnahmen und die hierdurch entstandenen Vollzugsdefizite im Beitrittsgebiet beeinträchtigen die Verkehrs- und Beleihungsfähigkeit der betroffenen Grundstücke erheblich. Zudem sind in den neuen Ländern noch nicht genügend Vermessungskapazitäten aufgebaut, um durch konventionelle Vermessung in der Natur die festgestellten Vollzugsdefizite rasch zu beheben.

⁵⁸ BGBl. I, S. 2213.

⁵⁹ BGBl. I, S. 2193 f.

⁶⁰ BGBl. I, S. 2228; hierzu *Böhringer*, DtZ 1993, 336/337 sowie *ders.*, in diesem Heft. Der bisherige § 6 VZOG ist damit weggefallen. Außerdem erhält das VZOG dem InVorG entsprechende Regelungen über den Vorrang von Investitionen des Verfügungsberechtigten vor dem Restitutionsanspruch (hierzu *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432/436; *Strobel*, DStR 1993, 950/954 f.).

⁶¹ §§ 14–19 VwVfG bzw. die entsprechenden Regelungen im Verwaltungsverfahrensrecht der Länder.

Mit dem Gesetz über die Sonderung unvermessener und überbauter Grundstücke nach der Karte (Bodensonderungsgesetz — BoSoG)⁶², bedient sich der Gesetzgeber daher eines Kunstgriffs. Ungeklärte Eigentumsverhältnisse, insbesondere aufgrund großflächiger Überbauungen und bei ungetrennten Hofräumen⁶³ sollen durch Bildung neuer Grundstücke im Rechtssinne aufgrund einer Planvermessung (Sonderung) in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren geklärt werden. Durch die Sonderung „am grünen Tisch“ entstehen zumindest grundbuchfähige, verkehrsfähige und beleihbare Grundstücke im Rechtssinne. Im Sonderungsverfahren stellt die Sonderungsbehörde (§ 10 BoSoG: Gemeinde bzw. Vermessungsamt) einen Sonderungsplan auf, dessen Verbindlichkeit sodann durch den Sonderungsbescheid festgestellt wird, § 7 Abs. 1 BoSoG. Mit Bestandskraft des Sonderungsbescheids haben die Grundstücke den im Sonderungsplan bezeichneten Umfang, § 13 Abs. 1 Satz 1 BoSoG.

Das Verfahren der Sonderung ist nicht neu. Der Gesetzgeber konnte hier insbesondere auf die bewährte Praxis der bayerischen Vermessungsverwaltung zurückgreifen⁶⁴. Sonderungsverfahren in den alten Bundesländern hatten jedoch stets nur Übergangscharakter, zeitnah erfolgte eine Schlußvermessung in der Natur mit endgültiger Festlegung der Grenzen.

Auch das BoSoG ersetzt die Vermessung in der Natur nicht, sondern schafft nur Übergangsrecht. Die Vermessung der durch Sonderung festgestellten Grundstücke in der Natur bleibt weiter dringend geboten, um der Gefahr dauerhaft unklarer Grenzverläufe in der Rechtswirklichkeit mit der Folge zunehmender Abmarkungsstreitigkeiten (§§ 919, 920 BGB) zu begegnen. Es steht zu befürchten, daß die notwendigen Veränderungsnachweise über die Durchführung der Schlußvermessung erst Jahre, wenn nicht Jahrzehnte nach Durchführung der Sonderung vorliegen werden, was in der Praxis die zuständigen Notare auf Dauer belasten wird. Da erfahrungsgemäß der Vollzug einer Schlußvermessung umso schwieriger ist, je mehr Zeit verstrichen ist, erscheint es zumindest erwägenswert, die Bildung eines Grundstücks im Bodensonderungsverfahren im Grundbuch zu verlaublichen, z. B. durch entsprechende Eintragung in der Veränderungsspalte des Bestandsblatts („aufgrund Sonderungsbescheids der Stadt X vom ...“).

7. Bodenreform

Zahlreiche Änderungen der Art. 233 §§ 11 ff. EGBGB⁶⁵ dienen der Klärung beim Vollzug des 2. Vermögensrechtsänderungsgesetzes vom 14. 7. 1992⁶⁶ aufgetretener Streitfragen. Folgende Neuerungen sind hervorzuheben:

⁶² BGBl. I, S. 2215 ff.; hierzu *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432/437; *Strobel*, DStR 1993, 950/953 f.

⁶³ Zum Begriff BezG Erfurt DNotZ 1992, 804 ff. mit Anm. *Frenz*, a. a. O., S. 808 ff.; *Ufer*, DNotZ 1992, 777–779; *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1992, 163 f.; *ders.*, ZIP 1993, 1917–1919. Grundbuchtechnische Behandlung nach der HofraumVO vom 24. 9. 1993, BGBl. I, 1658.

⁶⁴ In Bayern derzeit: Anweisung für das Verfahren bei der Zurückstellung der Abmarkung und bei der Zurückstellung der Vermessung bei großflächigen Siedlungs- und Bauvorhaben, Anlage zum Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 25. 1. 1977 — 74 — Vm 4102/2 — 45634/76. Die erste derartige Anweisung in Bayern datiert vom 4. 6. 1971.

⁶⁵ BGBl. I, S. 2214 f.

⁶⁶ BGBl. I, 1257/1278 ff.

a) Buchberechtigter

Im Rahmen des Art. 233 § 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB reicht nunmehr der Eingang der dort genannten Unterlagen beim Grundbuchamt.

Die Gleichanteilstheorie⁶⁷ ist mit dem neuen Halbsatz 2 in Art. 233 § 11 Abs. 2 Satz 2 aufgegeben. Maßgebend sind nunmehr die Erbquoten, sofern die Beteiligten nach § 11 (Buchberechtigten) nicht übereinstimmend etwas anderes bestimmen.

b) Zuteilungsberechtigter

Nach Art. 233 § 11 Abs. 3 Sätze 4 und 5 EGBGB hat der Berechtigte nach § 12 (Zuteilungsberechtigter) nunmehr ein Wahlrecht zwischen Auflassung des Grundstücks und Zahlung des Verkehrswerts, was der Buchberechtigte durch Auflassung des Grundstücks abwenden kann. Aufgrund der Neufassung des Art. 233 § 11 Abs. 5 EGBGB besteht die Mitberechtigung des im DDR-Güterstand verheirateten Ehegatten nur dann, wenn dieser Ehegatte am Tag des Inkrafttretens des 2. Vermögensrechtsänderungsgesetzes (22. 7. 1992) noch gelebt hat. Ist er zwischenzeitlich verstorben, rücken seine Erben nicht mehr in seine Bodenreform-Rechtsposition ein.

Zuteilungsberechtigter hinsichtlich Haus und Gärten ist nach Art. 233 § 12 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe d) nunmehr auch der Landesfiskus, sofern das Haus weder zu Wohn- noch zu gewerblichen Zwecken genutzt wurde. Gemeint ist hier⁶⁸ in erster Linie die Nutzung für öffentliche Zwecke. Land- und forstwirtschaftliche Nutzung dürfte der gewerblichen gleichstehen.

In Art. 233 § 12 Abs. 3 wird der Kreis der Zuteilungsberechtigten auf inzwischen in Ruhestand befindliche Beschäftigte der Nahrungsgüterwirtschaft erweitert⁶⁹. Weitere Unklarheiten (Zuteilungsfähigkeit des Arbeiters in der Fischfabrik usw.) bestehen jedoch fort.

c) Widerspruchsverfahren

Mit dem neuen, am 1. 6. 1994 in Kraft tretenden Art. 233 § 13 wird eine Vielzahl von Änderungen vorgenommen. Klargestellt ist zum einen, daß es nicht auf die Stellung eines Antrags, sondern auf die Vornahme einer Verfügung durch den Buchberechtigten ankommt⁷⁰. Die Widerspruchsfrist wird auf einen Monat verlängert⁷¹. Eindeutig geregelt ist nunmehr der Vorrang der Vormerkung für den Zuteilungsberechtigten (dessen genaue Bezeichnung ist nicht erforderlich) aufgrund des Widerspruchs⁷².

Gesetzlich geklärt ist weiter die Zulässigkeit vorherigen Verzichts auf das Widerspruchsrecht⁷³. Der Urkundsnotar ist befugt, die zum Widerspruch Berechtigten hierzu aufzufordern⁷⁴. Bei Nichtbearbeitung der Aufforderung gilt die Freigabe nach Ablauf von 4 Monaten ab Zugang der Aufforderung als erteilt, was dem Grundbuchamt durch eine Bescheinigung des Notars nachzuweisen ist⁷⁵.

⁶⁷ Hierzu statt der nunmehr Makulatur gewordenen Literatur LG Leipzig, MittBayNot 1993, 295.

⁶⁸ BT-Drucks. 12/5553, S. 199.

⁶⁹ BT-Drucks. 12/5553, S. 199.

⁷⁰ Art. 233 § 13 Abs. 1 Satz 1 EGBGB.

⁷¹ Art. 233 § 13 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.

⁷² Art. 233 § 13 Abs. 1 Satz 3 EGBGB.

⁷³ Art. 233 § 13 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB.

⁷⁴ Art. 233 § 13 Abs. 6 EGBGB.

⁷⁵ Art. 233 § 13 Abs. 6 Satz 3 EGBGB.

Diese Neuregelung trägt zu Recht der Justiznähe des Notarberufes Rechnung. Nicht zu verkennen ist aber die hohe Verantwortung, die dem Notar damit aufgebürdet wird. Empfehlenswert ist, sich den Eingang der Aufforderung durch die (zuständige !) Behörde bestätigen zu lassen, eine entsprechende Vorlagefrist zu notieren und gegebenenfalls eine amtliche (gesiegelte) Feststellung über den Nichteingang eines Widerspruchs zu treffen. Unter Umständen ist ratsam, nach Ablauf der Frist bei der entsprechenden Behörde nachzufragen, ob eine entsprechende Erklärung an den Notar abgesandt worden ist, die dann möglicherweise im Notarbüro erst aufgefunden werden muß.

Wird aufgrund des Widerspruchs eine Vormerkung eingetragen, so erlischt⁷⁶ diese innerhalb von 4 Monaten, wenn der Berechtigte nicht bis dahin im Grundbuchamt die Erhebung der Klage nach Art. 233 §§ 13 Abs. 5 Satz 1, 11 Abs. 3 EGBGB (d. h. Klage auf Auflassung oder Zahlung des Verkehrswerts) nachgewiesen hat⁷⁷.

d) Initiativrecht des Fiskus

Hingegen braucht der Landesfiskus nicht mehr abzuwarten, bis der Buchberechtigte eine Verfügung vornimmt. Art. 233 § 13 a Satz 1 EGBGB gibt dem Fiskus das Recht, jederzeit nach § 38 GBO eine Vormerkung zur Sicherung seiner Ansprüche nach Art. 233 §§ 11 Abs. 3, 12 Abs. 2 Nr. 1 d) und Nr. 2 c) EGBGB eintragen zu lassen⁷⁸. Diese Vormerkung erlischt nicht unter den Voraussetzungen des Art. 233 § 13 Abs. 5 EGBGB, sondern ist vielmehr von Amts wegen dann zu löschen, wenn das Eintragungssuchen durch das zuständige Verwaltungsgericht auf entsprechende Anfechtungsklage des nach Art. 233 § 11 oder § 12 EGBGB Berechtigten aufgehoben wird⁷⁹.

8. Vertragsmoratorium

Art. 232 § 4 a EGBGB⁸⁰ ordnet für schuldrechtliche Nutzungsverträge entsprechend dem Moratorium nach Art. 233 § 2 a EGBGB ein Vertragsmoratorium bis zum 31. 12. 1994 an⁸¹. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, daß die geplante Schuldrechtsbereinigung⁸² zum 1. 1. 1995 in Kraft treten kann.

⁷⁶ Die Löschung erfolgt nach § 22 GBO, Art. 233 § 13 Abs. 5 Satz 2 EGBGB. Die negative Tatsache, daß keine Klage erhoben wurde, bedarf keines Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt.

⁷⁷ Zum Nachweis der Klageerhebung (§ 253 Abs. 1 ZPO) ist grundsätzlich die Klageschrift samt Zustellungsnachweis (oder Bewilligung der öffentlichen Zustellung) vorzulegen, sofern nicht der Nachweis gem. § 270 Abs. 3 ZPO geführt werden kann. Bislang eingetragene Vormerkungen erlöschen nach Art. 19 Abs. 3 Satz 2 RegVBG (BGBl. I, S. 2233) mit Ablauf des 30. 9. 1994, wenn nicht der Berechtigte innerhalb der Frist Auflassungs- oder Zahlungsklage nach Art. 233 § 13 Abs. 5 EGBGB erhebt (hierzu *Böhringer*, OV-Spezial 1/94, S. 7).

⁷⁸ Ein Gebrauch des Initiativrechts zugunsten eines Dritten ist nach dem Wortlaut des Art. 233 § 13 a EGBGB ausgeschlossen.

⁷⁹ Art. 233 § 13 a Satz 2 EGBGB.

⁸⁰ BGBl. I, S. 2212.

⁸¹ Zu den Hintergründen *Schmidt-Räntsch*, VIZ 1993, 432/436.

⁸² Text des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Änderung schuldrechtlicher Verhältnisse im Beitrittsgebiet (Schuldrechtsänderungsgesetz — SchuldRÄndG) in OV-Spezial 2/94, 10–17. Zum Referentenentwurf siehe OV-Spezial 21/93 S. 3–5; zum Regierungsentwurf *Czub/Rövekamp*, OV-Spezial 2/94 S. 2–10 und *dies.*, OV-Spezial 3/94.

9. Neufassung der Grundstücksverkehrsordnung

Das RegVBG enthält eine Neufassung der Grundstücksverkehrsordnung⁸³. Von den Neuerungen sind hervorzuheben:

- Die im voraus erteilte Genehmigung gilt nur noch ein Jahr, § 1 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GVO.
- Mit der Neufassung des § 1 Abs. 2 GVO ist klargestellt, daß jeder Vertragsbeteiligte unter den Voraussetzungen der Nrn. 1 mit 3 einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat⁸⁴.
- Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 GVO bedarf es einer Rückfrage beim zuständigen Amt für offene Vermögensfragen und dem jeweiligen Landesamt. Letzteres dürfte das Verfahren erheblich verzögern.
- Mit § 2 Abs. 1 Satz 2 GVO verschafft der Gesetzgeber dem Grundsatz „einmal genehmigt, immer genehmigt“ weitere Geltung.
- Rücknahme, Widerruf oder sonstige Aufhebung der Genehmigung berühren das genehmigungspflichtige Rechtsgeschäft erst nach Eigentumsumschreibung nicht mehr, § 7 Abs. 1 Satz 1 GVO⁸⁵. Zur Vermeidung einer ungesicherten Vorleistung (Kaufpreiszahlung) sollte der Notar daher auf Hinterlegung oder Rückzahlungsbürgschaft hinweisen.

Folgende weitere Probleme sind zu lösen:

a) Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit

In folgenden Fallgruppen entfällt die Genehmigungspflicht (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–4 GVO):

- Die Genehmigung zum Vorerwerb des Vertragsbesitzes durch den Veräußerer wurde nach dem 28. 9. 1990 nach der GVO⁸⁶ bzw. der Grundstücksverkehrsverordnung⁸⁷ erteilt. Entsprechendes gilt, falls bereits der Vorerwerb genehmigungsfrei war.
- Der Vorerwerb des Vertragsbesitzes durch den Veräußerer war nach §§ 2 Abs. 1 InvestitionsG 1990⁸⁸, 2 Abs. 3 InvestitionsG 1991⁸⁹, 3 a Abs. 8 VermG 1991⁹⁰ oder 11

Abs. 1 InVorG⁹¹ genehmigungsfrei (bzw. die Genehmigung war zwingend zu erteilen), es sei denn, ein Fall des § 13 Abs. 2 InVorG oder des § 3 c VermG⁹² liegt vor.

- Der Veräußerer hat den Vertragsbesitz selbst nach §§ 31 Abs. 5 Satz 2 bzw. 33 Abs. 3 VermG⁹³ restituiert erhalten.
- Der Veräußerer ist selbst ununterbrochen seit 29. 1. 1933 als Eigentümer eingetragen oder hat den Vertragsbesitz von einer solchen Person im Wege der Erbfolge erlangt⁹⁴.
- Es wird nur die Eintragung einer Vormerkung beantragt⁹⁵.

Durch bloße Einsicht in das Grundbuchblatt allein ist die Genehmigungsbedürftigkeit dann feststellbar, wenn der Vertragsbesitz restituiert wurde⁹⁶. Jedoch schon in den Fällen ununterbrochenen Eigentums seit 1933 wird eine zwischenzeitliche Erbfolge aufgrund Umschreibung auf eine neue Blattstelle nicht mehr sofort ersichtlich sein.

Die Erteilung einer Genehmigung nach der GVO für den Vorerwerb ist ebenso wie der Erwerb aufgrund Investitionsbescheinigung, Investitionsvorrangbescheinigung oder nach § 3 a VermG 1991 noch nicht einmal aus den Grundakten eindeutig ermittelbar⁹⁷. Im Fall der Investitionsvorrangbescheinigung liegt eine Entscheidung nach § 13 Abs. 2 InVorG in der Regel nicht bei den Grundakten. Eine bei den Grundakten befindliche Genehmigung nach der GVO oder ein Investitionsvorrangbescheid reicht dann nicht aus, wenn der zugrundeliegende Erwerbsvertrag § 3 c VermG unterliegt. Nicht in jedem Fall wird dies aus dem Erwerbsvertrag selbst ersichtlich sein. Für den nicht ortsnahen Notar sind zudem Grundakten nicht immer greifbar. Ebensovienig zuverlässig sind aber auch von den Beteiligten vorgelegte Urkunden, es sei denn, der Notar kann die erforderlichen Feststellungen deshalb treffen, weil er den Vorerwerb beurkundet und vollzogen hat⁹⁸.

b) Negativattest

In einer Vielzahl von Fällen wird daher der Erlaß eines Negativzeugnisses durch die Genehmigungsbehörde nach der GVO erforderlich sein. Aufgrund der faktischen Schwierigkeiten, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 GVO in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, haben die

⁸³ Art. 15, BGBl. I, S. 2221 ff.

⁸⁴ Begr. BT-Drucks. 12/5553, S. 156. Damit ist zugleich klargestellt, daß die verbreitete Praxis rechtswidrig ist, die Aufnahme des Verfahrens nach der GVO von der Vorlage von Eigentumsnachweisen ab dem 29. 1. 1933 abhängig zu machen.

⁸⁵ Nach der zwischen dem 22. 7. 1992 und dem 24. 12. 1993 geltenden Fassung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 GVO i. d. F. der Bekanntmachung vom 3. 8. 1992 (BGBl. I, 1477) reichte bereits die Vorlage des Antrags auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung.

⁸⁶ In dieser Fassung bzw. in der Fassung vom 3. 8. 1992, BGBl. I, S. 1477 (in Kraft zwischen dem 22. 7. 92 und dem 24. 12. 93).

⁸⁷ In der Fassung des Einigungsvertrags (Anlage II Kapitel II Sachgebiet B Abschnitt II Nr. I), BGBl. II vom 28. 9. 1990, S. 885/1167 (in Kraft zwischen dem 29. 9. 90 und dem 28. 3. 91) bzw. in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. 4. 1991, BGBl. I, S. 999 (in Kraft zwischen dem 29. 3. 91 und dem 21. 7. 92).

⁸⁸ BGBl. II vom 28. 9. 1990, S. 885/1158 (Einigungsvertrag Anlage II Kapitel II Sachgebiet B Abschnitt 1 Nr. 4); in Kraft zwischen dem 29. 9. 90 und dem 28. 3. 91.

⁸⁹ BGBl. I vom 26. 4. 1991, S. 994/997; in Kraft zwischen dem 29. 3. 91 und dem 21. 7. 92.

⁹⁰ BGBl. I vom 26. 4. 1991, S. 957/960; in Kraft zwischen dem 29. 3. 91 und dem 21. 7. 92.

⁹¹ BGBl. I. vom 21. 7. 1991, S. 1257/1271; in Kraft seit dem 22. 7. 92.

⁹² I. d. F. der Bekanntmachung vom 3. 8. 1992, BGBl. I, S. 1446; in Kraft seit dem 22. 7. 92.

⁹³ In der o. g. Fassung. § 33 Abs. 3 VermG entspricht der Fassung des Einigungsvertrags (in Kraft ab 29. 9. 90), § 31 Abs. 5 Satz 3 der des VermG 1991 (in Kraft seit dem 29. 3. 91).

⁹⁴ Vermächtniserfüllung, Erbteilsübertragung, Erbschaftskauf oder Erbauseinandersetzung unterbrechen jedoch die hiernach erforderliche Kette von Gesamtrechtsnachfolgen.

⁹⁵ Korrelat zur Neufassung der Rechtsfolgen des Widerrufs der Genehmigung in § 7 Abs. 1 Satz 1 GVO.

⁹⁶ Rechtsgrund des Eigentumserwerbs in Abt. I des Grundbuchs.

⁹⁷ Die Aufhebung, Zurücknahme oder der Widerruf der Genehmigung schadet nicht, da dennoch der Veräußerer aufgrund einer erteilten GVO-Genehmigung in das Grundbuch eingetragen wurde, § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GVO.

⁹⁸ Dies gilt nicht für Verträge nach dem InVorG, da der Notar nicht notwendigerweise Kenntnis von einem Bescheid nach § 13 Abs. 2 InVorG erhält.

Beteiligten ein subjektiv-öffentliches Recht (§ 42 Abs. 2 VWGO, Art. 14 GG) auf Erlaß eines derartigen feststellenden Verwaltungsakts, zu dessen Erholung der Notar ermächtigt werden kann.

Dem Notar kann im übrigen kein Vorwurf gemacht werden, wenn er im Kaufvertrag zur Vermeidung ungesicherter Vorleistungen des Käufers die Erteilung einer „etwa erforderlichen Genehmigung nach der GVO“ zur Fälligkeitsvoraussetzung macht, selbst wenn ein Beteiligter vorbringt, der Vorgang sei nicht genehmigungspflichtig.

c) anhängige Verfahren

Die Neufassung der GVO betrifft auch laufende Verfahren mit der Folge, daß bei Fortfall einer Genehmigungspflicht das Verfahren einzustellen ist⁹⁹. Der Bescheid der Behörde über die Einstellung des Verfahrens kann dem Grundbuchamt zum Nachweis der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 GVO vorgelegt werden, wenn er unterschrieben, gesiegelt und unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 Satz 2 RegVBG begründet ist (§ 29 GBO). Ein solcher Bescheid ersetzt die GVO-Genehmigung im Hinblick auf die Kaufpreisfälligkeit.

10. Varia et Curiosa

a) D-Markbilanzgesetz

Es scheint sich einzubürgern, daß der Gesetzgeber alljährlich zum Christfeste die in § 57 Abs. 1 DMBilG bestimmten Fristen für die Anmeldung der Kapitalneufestsetzung zum Handelsregister verlängert. Solches ist auch durch Art. 17 § 5 RegVBG¹⁰⁰ geschehen. Es ist kaum zu glauben: bei einer Reihe von Gesellschaften scheinen die erforderlichen Kapitalmaßnahmen noch immer nicht durchgeführt worden zu sein.

⁹⁹ Art. 19 Abs. 4 Sätze 1 und 2 RegVBG, BGBl. I, S. 2233.

¹⁰⁰ BGBl. I, S. 2232 f.

b) Vermögensgesetz

Weiter hat der Gesetzgeber durch das RegVBG auch das Vermögensgesetz geändert¹⁰¹. Die Aktivlegitimation der *Jewish Material Claims against Germany GmbH* wurde in § 2 Abs. 1 a VermG klargestellt, in § 2 VermG wird die Restitution an die Erbengemeinschaft nach einer bestimmten Person als solcher zugelassen, wenn nur wenigstens ein Erbe bekannt ist¹⁰². Mit der Neufassung des § 20 VermG ist klargestellt, daß das Vorkaufsrecht des Mieters und Nutzers erst mit der Eintragung im Grundbuch entsteht. Mit § 20 a VermG¹⁰³ wird dem Restitutionsberechtigten auf Antrag ein Vorkaufsrecht eingeräumt, wenn und soweit die Restitution aufgrund gutgläubigen Erwerbs von Eigentum oder Nutzungsrechten Dritter ausgeschlossen ist.

Nicht ganz nachvollziehbar erscheint hingegen das Verfahren der Änderung des § 34 Vermögensgesetz¹⁰⁴. Mit der Neufassung des § 34 Abs. 3 einziger Satz¹⁰⁵ wird klargestellt, daß Restitutionsberechtigte und ihre Erben den zu restituierenden Grundbesitz grunderwerbsteuerfrei erwerben. Die zugehörige Gesetzesbegründung¹⁰⁶ zielt jedoch auf die Steuerpflicht für Erwerber von Restitutionsansprüchen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (und wohl auch aufgrund eines Vermächtnisses). Der zu dieser Begründung gehörige § 34 Abs. 3 Satz 2 VermG findet sich jedoch nicht im RegVBG, sondern erst einen Tag später als Art. 19 im Mißbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz vom 21. 12. 1993¹⁰⁷. *Honni soit qui mal y pense*.

¹⁰¹ Art. 15 § 2 RegVBG, BGBl. I, S. 2223. Ausführlich hierzu *Gemmeke*, OV-Spezial 1/94, S. 3–6.

¹⁰² Ob der so restituierte Besitz verkehrsfähig ist, bleibt offen.

¹⁰³ Bislang § 20 Abs. 2 VermG.

¹⁰⁴ Zu den praktischen Vorzügen der Verweisung auf § 1287 Satz 2 BGB in § 34 Abs. 2 Satz 2 VermG-neu bei der Rückverpfändung abgetretener Restitutionsansprüche *Frenz*, OV-Spezial 2/94, S. 2.

¹⁰⁵ BGBl. I, S. 2225.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 12/6228, S. 106.

¹⁰⁷ BGBl. I, S. 2310/2337.

Erweiterungen der Verfügungsermächtigung in § 8 VZOG¹

Von Notar *Walter Böhringer*, Lehrbeauftragter, Heidenheim/Brenz

1. Allgemeines

Die Verfügbarkeit über ein Grundstück gehört zu den tragenden Säulen unserer Eigentumsordnung. Im Bereich des in den neuen Bundesländern liegenden Staatsvermögens besteht aufgrund der komplizierten Regelungen der Art. 21 und 22 des Einigungsvertrages² i. V. m. dem Kommunalvermögens³ und Treuhandgesetz⁴ und seiner Durchführungsverordnungen⁵ die Schwierigkeit, daß das Eigentum an Grundstücken und Gebäuden dem Grundbuchamt gegenüber in der Mehrzahl der Fälle nur durch einen Zuordnungsbescheid nachgewiesen werden kann. Das bedeutet, daß grundsätzlich eine Verfügung über Grundstücke und Gebäude erst möglich wird, wenn ein Zuordnungsbescheid erlassen ist. Das kann zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen und die Investitionstätigkeit empfindlich beeinträchtigen.

Das Vermögenszuordnungsgesetz vom 22. 3. 1991 (VZOG) wurde durch das Privatisierungshemmnissebeseitigungsgesetz vom 22. 3. 1991⁶ neu geschaffen und hat in § 8 das Ziel, die Zuordnung des Staatsvermögens grundbuchgängig zu machen. Das VZOG ändert aber nichts am Anspruch der Kommunen u. a. auf das Eigentum an Grundstücken und Gebäuden; es regelt lediglich, wie eine im Grundbuch eingetragene öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft u. a. ihr Eigentum am Grundstück/Gebäude grundbuchgängig nachweisen kann.

Mit der gesetzlichen Verfügungsermächtigung für bestimmte juristische Personen wurde eine Möglichkeit geschaffen, über Grundbesitz schnell verfügen zu können. Bewußt wurde ein etwaiges Auseinanderfallen von Eigentümerstellung und Verfügungsbefugnis in Kauf genommen. Ein besonderer Bescheid über die Verleihung der Verfügungsbefugnis nach § 8 VZOG ist nicht erforderlich und auch nicht gesetzlich vorgesehen. Die Regelung trägt den Charakter einer gesetzlichen Vollmacht⁷, entspricht sachenrechtlich aber eher einer gesetzlichen Verfügungs-

ermächtigung ähnlich § 185 BGB⁸. Der Verfügende handelt im eigenen Namen, hat seiner Erklärung also nicht beizufügen, für wen er handelt, was oftmals ja erst durch den Zuordnungsbescheid feststehen würde. Verfügungen des Verfügungsbefugten gelten als Verfügungen eines Berechtigten. Auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers kommt es demnach nicht an. Der wahre Berechtigte (der meist zum Zeitpunkt der Verfügung auch noch nicht feststeht) kann solche Verfügungen weder verhindern noch rückgängig machen⁹; er ist auf den Erlös verwiesen.

2. Verfügungsgeschäfte

Mit der Verfügungsermächtigung ist jede sachenrechtliche Rechtsänderung möglich. Bestritten ist, ob § 8 VZOG auch dann gilt, wenn eine Rechtsänderung ohne Einhaltung des sachenrechtlichen Dualitätsprinzips (Einigung und Eintragung bewirken die Rechtsänderung) eintritt. Dies ist z. B. bei allen übertragenden Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz der Fall. Da in solchen Fällen der Universalzession das diese auslösende Rechtsgeschäft nicht unbedingt entgeltlich sein braucht, taucht die Frage auf, ob im Hinblick auf § 8 Abs. 4 VZOG nur solche Verfügungen von der Verfügungsermächtigung erfaßt sind, denen ein entgeltliches Kausalgeschäft zugrunde liegt. Das BezG Dresden¹⁰ verneint dies und läßt eine übertragende Umwandlung nach § 58 UmwG zu, *Keller*¹¹ schließt für solche Umwandlungen und alle „unentgeltlichen“ Verfügungen die Anwendung des § 8 VZOG aus. Geht man von der Grundidee¹² des § 8 VZOG aus, daß im Grundbuch eingetragene Rechtsträger vor einer Grundbuchberichtigung möglichst schnell über Staatsvermögen (egal nach welchem Prinzip) „verfügen“ können, so ist dem BezG Dresden zuzustimmen. Im übrigen wird unter Verfügung im Sinne des § 8 VZOG auch untechnisch die Begründung von Miet- und Pachtverhältnissen (Besitzverschaffungen) verstanden, denn § 8 VZOG ist weit auszulegen¹³. In diesem Sinne wurde durch das 2. VermRÄndG¹⁴ Satz 4 in § 8 Abs. 1 VZOG (jetzt § 8 Abs. 1 a Satz 3 VZOG) eingefügt und klargestellt, daß die Verfügungsbefugnis auch die Besitzverschaffung umfaßt. Nicht möglich ist aber mit der in § 8 VZOG geschaffenen Verfügungsermächtigung, daß der Rechtsträger das Grundbuch auf sich als Eigentümer berichtigen lassen kann¹⁵.

¹ Die nachstehenden Ausführungen aktualisieren meine Abhandlung in MittBayNot 1991, 189.

² BGBl. 1990 II S. 885 ff.

³ GBl. 1990 I Nr. 42 S. 660, fortgeltend lt. EV Anl. II Kap. IV Abschn. III Nr. 2 mit den dort genannten Maßgaben.

⁴ GBl. 1990 I Nr. 33 S. 300, fortgeltend lt. Art. 25 EV.

⁵ 2. DVO z. THG vom 30. 8. 1990 GBl. I Nr. 56 S. 1260, fortgeltend lt. EV Anl. II Kap. IV Abschn. I Nr. 8; 3. DVO z. THG vom 4. 9. 1990 GBl. I Nr. 57 S. 1333, fortgeltend lt. EV Anl. II Kap. IV Abschn. I Nr. 9; 4. DVO z. THG vom 18. 9. 1990 GBl. I Nr. 60 S. 1465, fortgeltend lt. EV Anl. III zu Kapitel IV Nr. 10 mit der Maßgabe, daß § 42 aufgehoben ist; 5. DVO z. THG vom 18. 9. 1990 GBl. I Nr. 60 S. 1466, fortgeltend lt. EV Anl. III Kap. IV Nr. 11.

⁶ BGBl. 1991 I S. 766, 784.

⁷ So die Gesetzesmotive BT-Drucks. 12/449.

⁸ So auch *Eickmann* Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern Rdnr. 46.

⁹ So auch *Eickmann* a. a. O. Rdnr. 46.

¹⁰ MittBayNot 1993, 20 = Rpfleger 1993, 190.

¹¹ Rpfleger 1993, 191.

¹² Für diese habe ich mich im Gesetzgebungsverfahren mit Nachdruck eingesetzt.

¹³ *Schmidt-Räntsch* DtZ 1991, 169, 173; *Böhringer* MittBayNot 1991, 189, 190; *Eickmann* a. a. O. Rdnr. 48.

¹⁴ BGBl. 1992 I S. 1257, 1282.

¹⁵ *Böhringer* MittBayNot 1991, 189, 192; *Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer* Das Grundbuchverfahren in den neuen Bundesländern Rdnr. 184.

3. Erweiterter Personenkreis

§ 8 VZOG war bisher auf die Kommunen und Länder beschränkt. Es bestand bislang nicht für jedes ehemals volkseigene Grundstück eine gesetzliche Verfügungsermächtigung. Es hat sich zwischenzeitlich herausgestellt, daß investitionsrelevante Grundstücke auch in anderen Bereichen anzutreffen sind. Der Gesetzgeber des Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes¹⁶ hielt es für notwendig, den Personenkreis der Verfügungsberechtigten zu erweitern und begründete mit einer Ergänzung des § 8 Abs. 1 Satz 1 VZOG generell für jedes volkseigene Grundstück eine Verfügungsbefugnis, wobei die bestehenden Verfügungsbefugnisse der Kommunen und Länder bestehenbleiben. Es gilt wie bisher: von Gesetzes wegen sind Kommunen und Länder zur Verfügung über Grundstücke und Gebäude befugt, die noch als Eigentümer des Volkes im Grundbuch eingetragen sind und als deren Rechtsträger die Kommune, der Rat der Kommune oder der ehemalige Betrieb der volkseigenen Wohnungswirtschaft der Kommune bzw. der Bezirk oder der ehemalige Rat des Bezirks bzw. der Kreis oder der ehemalige Rat des Kreises vermerkt sind. Die Rechtsträgerschaft muß im Zeitpunkt der Verfügung vorhanden sein, da das VZOG den Anwendungsbereich von § 8 lediglich formal definiert.

Die formale Anknüpfung an den Rechtsträgervermerk ist grundbuchklar. Dies führte jedoch in der Vergangenheit zu dem Problem, daß diejenigen Grundstücke, bei denen der Vermerk über die Rechtsträgerschaft gelöscht worden war oder bei denen dingliche Nutzungsrechte ohne Eintragung eines solchen Vermerks begründet worden waren, nicht von der Verfügungsbefugnis nach § 8 VZOG erfaßt wurden. Es handelt sich also um Grundbucheintragungen, bei denen die Kommune (heute) ohne Rechtsträgervermerk als Rechtsinhaber im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß bisher ein Zuordnungsverfahren durchgeführt worden ist. Diese Problematik ist nunmehr in den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 S. 1 Buchst. a VZOG einbezogen und so eine Verfügungsbefugnis der Gemeinden, Städte oder Landkreise begründet. Damit wird die bisherige Blockade im Grundstücksverkehr bei solchen Grundbucheintragungen überwunden.

a) Treuhandanstalt

Für die Treuhandanstalt wird nunmehr eine Verfügungsbefugnis für solche Grundstücke begründet, die ihr nach der Dritten¹⁷ und Vierten¹⁸ Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz¹⁹ übertragen worden sind. Die Treuhandanstalt ist dann Verfügungsbefugt, wenn eine der in den einschlägigen Durchführungsverordnungen bezeichneten Einrichtungen als Rechtsträger im Grundbuch eingetragen ist. Fast immer deckt sich nun die Verfügungsbefugnis mit den tatsächlichen Eigentumsverhältnissen, so daß künftig ein großer Teil der Zuordnungsbescheide nicht mehr nötig sein wird. Über Grundstücke der NVA kann jedoch nur der Bund verfügen.

b) Bund

Der Bund erhält nun in allen übrigen Fällen die Verfügungsbefugnis. Diese umfaßt zunächst das nicht besonders

zugeteilte Finanzvermögen (das ihm ohnehin nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 des Einigungsvertrages zugewiesen worden ist). Der Bund ist allerdings auch über einen Teil des Verwaltungsvermögens Verfügungsbefugt. Der Bund wird durch das Bundesvermögensamt vertreten, in dessen Bezirk das Grundstück liegt. Jedoch kann der Bund auch andere Bundesbehörden oder die Treuhandanstalt als Vertreter des Bundes bestimmen. Der Bund hat nach Maßgabe der Art. 21 und 22 des Einigungsvertrages seine Verfügungsbefugnis auf das Bundesland, den Landkreis oder Stadt/Gemeinde übertragen, in dessen oder deren Gebiet das Grundstück ganz oder überwiegend belegen ist. In diesen Übertragungsfällen hat das Bundesvermögensamt in einer Bescheinigung (mit Dienststempel) das einzelne Grundstück (nach Flurstücksnummer bezeichnet) bzw. die Gruppe von Grundstücken (nach Gemarkungen bezeichnet) gem. § 28 GBO zu beschreiben, damit eine grundbuchliche Umsetzung der Neuregelung möglich wird. Für das Grundbuchamt muß das Grundstück/Gebäudeeigentum und der Verfügungsbefugte aus der Bescheinigung klar erkennbar sein. Über die Vorschrift des § 28 GBO darf sich niemand hinwegsetzen, auch nicht der Bund bzw. die Bundesbehörden. Gerade weil Art. 21 und 22 EY nicht grundbuchgängig sind, wurde ja das VZOG im Jahre 1991 erlassen.

Die Vertretungsanordnung in § 8 Abs. 1 S. 2 VZOG kann im Vergleich zu den bisher allgemein geltenden Regelungen zu Unstimmigkeiten führen. Deshalb wird durch den neuen Satz 3 das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt, durch Bescheid für ein einzelnes Grundstück oder durch Allgemeinverfügung für Gruppen von Grundstücken eine andere Stelle zu bezeichnen. Damit soll eine einfache grundbuchgängige Umsetzung der Vorschrift erreicht werden. Die Allgemeinverfügung muß allerdings so formalisiert ausgestaltet sein, daß die einzelnen Arten von Grundstücken für das Grundbuchamt (wegen § 28 GBO) klar erkennbar sind. Dies betrifft im Bereich der Bundesverwaltung vor allem Grundstücke, die von den Ministerien verwaltet werden. Hier ist es denkbar, daß das Bundesministerium der Finanzen eine Allgemeinverfügung des Inhalts erläßt, daß ehemals volkseigene Grundstücke in der Rechtsträgerschaft von Ministerien generell durch die jetzt zuständigen Bundesministerien vertreten werden.

4. Ersetzungswirkung

Verfügen Kommunen über ihre eigenen Grundstücke/Gebäude, so bedürfen sie nach §§ 49, 95 des Kommunalverfassungsgesetzes oder den von den neuen Bundesländern jeweils erlassenen neuen Gemeindeordnungen²⁰ der kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigung. Diese Verfügungsbeschränkung ist vom Grundbuchamt zu beachten und diesem der entsprechende Genehmigungsbescheid in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Verfügt nun ein nach § 8 VZOG legitimierter Verfügungsbefugter, so unterliegt er bei solchen Verfügungen nicht den Vorschriften in bezug auf Verfügungen über eigenes Vermögen, bedarf also keiner Genehmigung, die allein den Zweck hat, die Erreichung des Verkehrswertes sicherzustellen²¹. Es handelt sich dabei um die kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigungen

¹⁶ Vom 20. 12. 1993, BGBl. 1993 I S. 2182.

¹⁷ GBl. 1990 I Nr. 57 S. 1333.

¹⁸ GBl. 1990 I Nr. 60 S. 1465.

¹⁹ GBl. 1990 I Nr. 33 S. 300.

²⁰ Z. B. § 90 Abs. 3 SächsGemO (SächsGVBl. S. 301).

²¹ Ergänzung des § 8 VZOG (vormals § 6 VZOG) durch Art. 9 Nr. 6 Buchst. a des 2. VermRÄndG. Die verfassungsrechtlichen Probleme sollen hier unerörtert bleiben.

und Vorbehalte im Haushaltsrecht von Bund und Ländern. Diese Ersetzungswirkung gilt nach Art. 14 Abs. 5 des 2. VermRÄndG auch für vor dem 22. 7. 1992 (Inkrafttreten dieses Gesetzes) beim Grundbuchamt beantragte Verfügungen. Damit werden viele zwischenverfügte Anträge auf Eigentumsänderung beim Grundbuchamt vollzugsreif²².

5. Ende der Verfügungsermächtigung

Die Verfügungsermächtigung erlischt nicht automatisch mit der Zuordnungsentscheidung. Die Verfügungsbefugnis endet erst, wenn ein Zuordnungsbescheid über das betroffene Grundstück oder Gebäude unanfechtbar geworden und ein Nachweis hierüber dem Grundbuchamt vorgelegt worden ist. Dieser Nachweis ist nunmehr zu den Grundakten des konkret betroffenen Grundstücks zu nehmen. Dadurch braucht der Grundbuchführer vor Erledigung der Verfügung nur in den Grundakten nach einem Zuordnungsbescheid zu forschen und nicht im gesamten Grundbuchamt nach einer vielleicht eingegangenen Zuordnungsentscheidung fahnden. Auch für die notarielle Abwicklung von Grundstücksverträgen ist diese Gesetzesänderung von großer Bedeutung, weil jetzt ein Blick in die Grundakten des konkret betroffenen Grundstücks ausreichend ist, um die Schutzwirkung einer beantragten Eigentumsvormerkung wegen einer eventuell davon abhängigen Kaufpreisfälligkeit beurteilen zu können²³.

6. Keine Voreintragungspflicht

Verfügt ein nach § 8 VZOG legitimer Verfügungsberechtigter über Grundstücke/Gebäude, so war bis zum Inkrafttreten des Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes²⁴ fraglich, ob die Voreintragung des Verfügungsberechtigten nach § 39 GBO erfolgen mußte, ehe z. B. eine Dienstbarkeit, Eigentumsvormerkung oder ein Finanzierungsgrundpfandrecht zulasten des Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden konnte. § 8 VZOG wurde schon damals als Spezialvorschrift zu § 39 GBO angesehen bzw. die Regelung des § 3 VZOG analog angewandt. Andernfalls wäre die Verfügungsbefugnis wirkungslos²⁵. Durch den neuen § 11 des GBBerG²⁶ ist nunmehr klargestellt, daß § 39 Abs. 1 GBO für Verfügungen des Verfügungsbefugten nicht anzuwenden ist. Für alle noch nicht erledigten „alten“ Anträge gilt dies ebenfalls, da es auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Grundbucheintragung ankommt. Verkauft nun z. B. die Gemeinde ein Grundstück und bewilligt sie neben der Eigentumsvormerkung für den Käufer auch eine zur Finanzierung des Kaufpreises bestellte Grundschuld oder Hypo-

thek²⁷, so sind Eigentumsvormerkung und Grundpfandrecht ohne Voreintragung des Verkäufers (als wahrer Eigentümer) als Belastung des verkauften Grundstücks/Gebäudes eintragbar²⁸.

7. Abschaffung der Hinterlegungspflicht

Die gesetzliche Verteilung der Verfügungsbefugnis entscheidet nicht die endgültige materiell-rechtliche Rechtslage. Der nach § 8 VZOG Verfügungsbefugte braucht seit dem Inkrafttreten des 2. VermRÄndG²⁹ das durch die Verfügung erzielte Entgelt nicht mehr bei dem jeweiligen Landesinnenministerium hinterlegen. Die Entgelte sind (als Rechnungsposten) nur noch in einer vom Innenministerium geführten Liste zu erfassen. Die Sicherung der Zuordnung (des Entgelts) wird nun dadurch erreicht, daß der Verfügungsbefugte verpflichtet ist, „zeitgleich“ zu der Verfügung einen Antrag auf Zuordnung im ordentlichen Zuordnungsverfahren zu stellen. Damit liegen die Entgelte nicht „brach“. Mit Zuordnungsbescheid ist dann der Streit „der öffentlichen Hände“ um den erzielten Erlös geklärt.

Durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz³⁰ wurde § 8 Abs. 4 VZOG nochmals ergänzt und bestimmt, daß anstelle des Erlöses oder des Wertes des Grundstücks auch das Eigentum an dem Grundstück wiederbeschafft werden kann. Damit will man vor allem Kommunen die Möglichkeit geben, den wahren Berechtigten durch Land zu befriedigen, weil die Auskehrung des eingezogenen Erlöses zu einer hohen Belastung des Verfügungsbefugten werden kann. Hat z. B. die Kommune ihre Wohnungsbaugesellschaft mbH mit zu viel Land ausgestattet, so kann sie die überschießende Grundstücksfläche dem Berechtigten wieder zurückgeben.

Fazit:

§ 8 (vormals § 6) VZOG hat sich bewährt.

Das bisherige zweimalige Nachbessern durch den Gesetzgeber muß positiv gewertet werden, schließlich ist das Rechtsinstitut der Verfügungsermächtigung in dieser Konstellation eine Novität. Auf die in der Rechtspraxis aufgetretenen Probleme hat der Gesetzgeber zügig reagiert und damit Schritt gehalten mit der in den neuen Bundesländern feststellbaren besonderen Dynamik des Sachenrechts.

§ 8 VZOG ist nur ein kleiner, aber sehr wichtiger Baustein auf dem Weg zur Verfügbarkeit über ehemals volkseigenen Grundbesitz. Ohne diese Regelung käme das Vorhaben „Aufschwung Ost“ nicht voran.

²² Böhringer Finanzwirtschaft 1992, 171; Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer a. a. O. Rdnr. 185.

²³ DAI Ein Jahr Einigungsvertrag in der Notarpraxis S. 43.

²⁴ BGBl. 1993 I S. 2182.

²⁵ So Böhringer Finanzwirtschaft 1992, 173.

²⁶ Neu gebildet durch das RegVVG (oben Fn. 16).

²⁷ Die kommunalaufsichtsrechtliche Genehmigung ist nicht erforderlich, ebenso Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer a. a. O. Rdnr. 189.

²⁸ Böhringer Finanzwirtschaft 1992, 173.

²⁹ 22. 7. 1992, BGBl. I S. 1257.

³⁰ Vgl. Fn. 16.

Klaus-Peter Martens, Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1992, 65 Seiten, DM 34,—

Anschließend an seinen Aufsatz „Leitungskompetenzen auf der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft“ (WM 1981, 1010) legt der Autor nunmehr einen Leitfaden für die Leitung einer Hauptversammlung vor. Dem Inhalt nach und von dem Autor auch so bezeichnet, befaßt sich das Büchlein nur mit den organisationsrechtlichen Besonderheiten der Hauptversammlung einer Publikumsgesellschaft.

In einem Teil A werden die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Hauptversammlung abgehandelt. Der Teil B befaßt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen. Im Abschnitt I werden 10 Leitsätze, chronologisch geordnet von „Zutritt zur Hauptversammlung“ bis „Beendigung der Hauptversammlung“ aufgestellt, die im Abschnitt II im einzelnen erläutert werden.

Der Leitfaden gibt im wesentlichen den normalen Ablauf einer Hauptversammlung wider. Es häufen sich aber die Fälle, in denen Aktionäre auch Anträge stellen, die in dem Leitfaden nicht behandelt sind. Bei einer Neuauflage sollten solche Beispiele eingearbeitet werden, um auch hierfür eine schnelle und richtige Hilfestellung anzubieten.

August Meyer, Das „Rottenmanner Formelbuch“ des Notars Ulrich Klenegker aus dem Jahr 1469, Verlag Riegler, A-8071 Hausmannstätten 1992, 255 Seiten, DM 72,—

Unermüdliches Schaffen zeichnet auch im Ruhestand unseren hochgeschätzten österreichischen Nachbarn, Altpräsident der Notariatskammer Salzburg, em. Notar *Dr. August Meyer* aus. In Anerkennung seiner beruflichen und literarischen Leistungen wurde ihm 1991 der Berufstitel „Professor“ verliehen.

Das im Großformat (29:21 cm) erschienene Buch stellt einen sehr beachtlichen Beitrag zur Geschichte des Notariats im deutschsprachigen Raum dar. Daneben gibt es aber auch einen interessanten Einblick in die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse um die Mitte des 15. Jahrhunderts, als sich schon die Wende zur Renaissance und zum Humanismus anbahnte.

Ulrich Klenegker, (geb. etwa 1420 und gest. etwa 1482) hat die längste Zeit seines Lebens als Notar in Rottenmann — einer Stadt in der Obersteiermark mit heute etwa 5000 Einwohnern — verbracht. Er hat eine 312 Schriften umfassende Sammlung — auch „*formulae juris*“ genannt — hinterlassen. Ergänzt werden diese in Buchform gefaßten Schriften durch eine sog. Rhetorik und ein alphabetisches Inhaltsverzeichnis des Notars *Klenegker*.

Beispielhaft seien aufgezählt:

— Bei den Tagesordnungspunkten „Entlastung des Vorstandes“, „Entlastung des Aufsichtsrats“ wird von einem Aktionär oder einer Aktionärsgruppe Einzelentlastung einzelner oder aller Mitglieder beantragt. Hierzu erschiene es sinnvoll, den Inhalt der Bestimmung des § 120 Abs.1 Satz 2 AktG wiederzugeben.

— Bei dem Tagesordnungspunkt „Wahl des Aufsichtsrats“ wird statt der Listenwahl von einem Aktionär Einzelwahl aller oder einzelner Kandidaten verlangt. Nach der wohl jetzt überwiegenden Meinung bestehen gegen die Zulässigkeit der in der Praxis üblichen Listenwahl dann keine Bedenken, wenn der Versammlungsleiter vor der Abstimmung darauf hinweist, daß Aktionäre, die auch nur mit einem Kandidaten nicht einverstanden sind, dagegen stimmen müssen und bei Scheitern des Listenvorschlags Einzelabstimmung stattfindet (vgl. *Hüffer*, Aktiengesetz Tz 6 zu § 101).

Diese Hinweise sollen aber den Wert des Leitfadens für die Praxis nicht schmälern. Seine Anschaffung kann allen Versammlungsleitern und denjenigen, die mit der Abfassung des „Leitfadens“ für den Vorsitzenden der Hauptversammlung befaßt sind, wärmstens empfohlen werden. Auch Notaren wird, soweit ihr Rat bei der Vorbereitung gefragt ist oder auf ihr Wissen im Verlauf einer Hauptversammlung zurückgegriffen wird, seine Lektüre von Nutzen sein.

Notar a. D. *Dr. Gernar Hüttinger*, München

Geradezu abenteuerlich mutet das Schicksal der Sammlung nach dem Tode *Klenegkers* an. Durch viele Hände muß sie wohl gegangen sein, bis sie 1755 als Bestand der Sächsischen Landesbibliothek in Dresden erwähnt wird. Der Dresdner Archivar *Herschel* schreibt 1853 über den historischen Wert dieses „Formelbuches“, wie er es nennt. Da werden sie im Joanneumsarchiv in Graz wach und entleihen 1864 die Sammlung zur Fertigung von Abschriften. Erst 1954 gelingt es der Universität Graz, die Sammlung selbst im Tauschwege von der Sächsischen Landesbibliothek zu erwerben.

So konnte *Prof. Meyer* die Sammlung in Graz auch in rechtshistorischer Hinsicht auswerten, nachdem früher aus ihr nur über die allgemeinen und ortsgeschichtlichen Hintergründe geschrieben worden war. Er hat dies in seinem Buch umfassend mit viel Sachkenntnis und Gründlichkeit getan. Vor- oder nachgestellt sind den einzelnen Abschnitten geschichtliche Überblicke. Alle 312 Schriften sind tabellarisch und dann statistisch erfaßt; immerhin 117 davon befassen sich mit Privatrecht und Beurkundungsverfahren, der Rest ist bunt verstreut auf historische Ereignisse, Stadtrechte, Strafrecht, Verwaltung und dgl. Auch Prophezeiungen sind darunter. Das Inhaltsverzeichnis vermittelt einen Überblick über die speziell süddeutsche Rechtssprache der damaligen Zeit (z. B. Gewalt = Vollmacht). Amüsant ist der Abschnitt „Rhetorik“. Das ist die eigentliche „Formelsammlung“, nämlich die damals üblichen Anreden für die geistlichen und weltlichen Würdenträger aller Art, vom Papst bis zum Akkoliten und

Bürgerliches Recht

1. BGB § 177 Abs. 2 (Aufforderung zur Genehmigung durch vollmachtlosen Vertreter)

„Anderer Teil“ im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich nicht der Vertreter. Dies gilt auch, wenn bei einer Grundstücksüberlassung auf zwei Erwerber der eine zugleich für den anderen als vollmachtloser Vertreter gehandelt hat.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 21. 6. 1993 — 3 Wx 65/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3. Sie war Eigentümerin des im Beschlusseingang genannten Grundbesitzes, wobei die unter den laufenden Nummern 8 und 9 eingetragenen Grundstücke als ein einheitliches Grundstück unter laufender Nummer 2 eingetragen waren.

Mit notariellem Vertrag vom 24. 5. 1991 (UR-Nr. . . . Notar L.) übertrug die Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2 und 3 die unter laufender Nummer 1 und 2 eingetragenen Grundstücke zu gleichen Anteilen. Die Beteiligte zu 3 wurde dabei von dem Beteiligten zu 2 ohne Vertretungsmacht vertreten. Dessen Erklärung genehmigte sie in der Urkunde vom 23. 8. 1991 (UR-Nr. . . . Notar L.).

Am 27. 8. 1991 beantragte der Notar L. für die Beteiligte zu 3 u. a. die Eigentumsumschreibung gemäß der Urkunde vom 24. 5. 1991.

Bereits am 31. 7. 1991 hatte die Beteiligte zu 1 mit notariellem Vertrag des Notars B. das Grundstück laufende Nummer 1 und eine noch zu vermessende Teilfläche aus dem Grundstück Nr. 2 und zwar die Fläche, die heute das Grundstück laufende Nummer 9 bildet, auf den Beteiligten zu 2 übertragen.

Am 9. 1. 1992 beantragte der Notar B. bezüglich des Grundstücks laufende Nummer 1 Umschreibung des Eigentums auf den Beteiligten zu 2 und die Eintragung eines Nießbrauchs für die Beteiligte zu 1. Durch Beschluß vom 29. 5. 1992 hat das Amtsgericht diese Anträge zurückgewiesen.

Am 16. 6. 1992 beantragte der Notar B. für den Beteiligten zu 2 die lastenfreie Umschreibung des Grundstücks laufende Nummer 9 und die Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten der Beteiligten zu 1 auf diesem Grundstück.

Das Amtsgericht trug am 30. 6. 1992 die Beteiligten zu 2 und 3 gemäß dem Antrag des Notars L. vom 27. 8. 1991 als Eigentümer zu je 1/2 Anteil der Grundstücke laufende Nummer 1 und 2 sowie einen Nießbrauch und eine Rückkaufassungsvermerkung für die Beteiligte zu 1 ein. Mit Beschluß vom 20. 7. 1992 wies es den Antrag des Notars B. vom 16. 6. 1992 zurück.

Gegen die Entscheidungen des Amtsgerichts vom 29. 5. und 20. 7. 1992 hat der Beteiligte zu 2 Beschwerde eingelegt und die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eigentumsumschreibung vom 30. 6. 1992 begehrt.

Das Landgericht hat die Beschwerden und den Antrag auf Eintragung eines Amtswiderspruchs zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat der Notar B. für den Beteiligten zu 2 weitere Beschwerde eingelegt. Er ist der Ansicht, der Vertrag vor Notar L. vom 24. 5. 1991 sei durch die Beteiligte zu 3 nicht mehr genehmigungsfähig gewesen. Im übrigen habe die Beteiligte zu 3 mit Schreiben vom 10. 7. 1991 bereits eine Genehmigung der Erklärung des Beteiligten zu 2 endgültig abgelehnt.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteneinhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 15, 78, 80 GBO zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet, denn die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften (§§ 78 GBO, 550, 551 ZPO).

Das Landgericht hat ausgeführt, . . .

Diese Erwägungen des Landgerichts halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Landgericht ist richtig davon ausgegangen, daß gem. §§ 17, 19 GBO den Eintragungsanträgen des Beteiligten zu 2 nicht stattgegeben werden durfte. Nach § 17 GBO mußte das Grundbuchamt, bevor es über die Eintragungsanträge des Beteiligten zu 2 befinden durfte, über den Eintragungsantrag des Notars L. vom 27. 8. 1991 entscheiden. Nachdem das Amtsgericht den Antrag des Notars L. für die Beteiligte zu 3 durch die Umschreibung des Eigentums an den hier in Rede stehenden Grundstücken am 30. 6. 1992 erledigt hatte, kam eine Eintragung entsprechend den Anträgen des Beteiligten zu 2 aber schon deshalb nicht mehr in Betracht, weil es hierfür an der erforderlichen Eintragungsbewilligung fehlte. Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung (nur), wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, das ist der materiell Verfügungsberechtigte (BayObLG 1986, 493 [= MittBayNot 1987, 87]). Da es für die Beurteilung der Verfügungsbefugnis als Grundlage der Bewilligungsbefugnis allein auf den Zeitpunkt der Eintragung ankommt (OLG Hamm, DNotZ 1959, 209; Rpfleger 1989, 148 [= MittBayNot 1989, 27]; OLG Düsseldorf, Justizministerialblatt NW 1957, 128; BGH NJW 1963, 36; WM 1971, 445; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 63; BayObLG Rpfleger 1980, 476, 1984, 145 [= MittBayNot 1984, 27 = DNotZ 1985, 372]; 1987, 110 [= MittBayNot 1987, 87]), konnte die Bewilligung der Beteiligten zu 1 in der notariellen Urkunde des Notars B. nach der Umschreibung vom 30. 6. 1992 nicht mehr Grundlage einer erneuten Umschreibung sein.

Das Landgericht hat auch zu Recht die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eigentumsumschreibung vom 30. 6. 1992 verneint, denn das Grundbuchamt hat nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen, durch die das Grundbuch unrichtig geworden wäre. Das Amtsgericht war vorliegend nicht gehindert, die von dem Notar L. begehrte Eintragung vorzunehmen, denn die gem. § 20 GBO erforderliche Einigung der an dem Vertrag vom 24. 5. 1991 Beteiligten (Beteiligte zu 1 einerseits und Beteiligte zu 2 und 3 andererseits) war erklärt. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, steht einer wirksamen Auflassung nicht entgegen, daß die Beteiligte zu 3 ungeachtet der Bestimmung des § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ebenso wie die Beteiligten zu 1 und 2 bei der notariellen Beurkundung des Vertrages von Notar L. zugegen war. Die Erklärung der Auflassung kann durch einen Vertreter und auch — bei späterer Genehmigung — bei mangelnder Vertretungsmacht erklärt werden (BayObLG 1953, 35; 1983, 278 [= MittBayNot 1983, 221 = DNotZ 1984, 181]). Hier hat die Beteiligte zu 3 die von ihrem Bruder, dem Beteiligten zu 2, vor Notar L. für sie als vollmachtloser Vertreter abgegebenen Erklärungen nachträglich genehmigt. Der Wirksamkeit

ihrer Genehmigungserklärung und damit der erklärten Auffassung steht auch — wie das Landgericht frei von Rechtsfehlern ausgeführt hat — nicht entgegen, daß der Beteiligte zu 2 der Beteiligten zu 3 mit Schreiben vom 4. 7. 1991 mitgeteilt hat, eine Genehmigung des Vertrages sei nicht mehr möglich, falls sie die Genehmigungserklärung nicht bis zum 19. 7. 1991 bei einem Notar abgeben hätte. Dieses Schreiben des Beteiligten zu 2 konnte nicht die in § 177 Abs. 2 BGB bestimmte Frist von zwei Wochen, innerhalb deren der Vertretene auf Aufforderung des „anderen Teils“ seine Erklärung über die Genehmigung abgeben muß, in Gang setzen. „Anderer Teil“ im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB ist — was auch der Beteiligte zu 2 nicht verkennet — grundsätzlich nicht der Vertreter. Daran ändert auch nichts, daß — wie hier — der Beteiligte zu 2 nicht nur als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Beteiligte zu 3 aufgetreten ist, sondern auch selbst Vertragspartei gegenüber der Beteiligten zu 1 war. Vertragliche Beziehungen zwischen ihm und der Beteiligten zu 3 bestanden nämlich nicht, lediglich die Beteiligte zu 1 war Vertragspartner sowohl der Beteiligten zu 3 als auch des Beteiligten zu 2. Nur insoweit ist es gerechtfertigt, von dem „anderen Teil“ im Sinne eines Vertragspartners oder auch „Geschäftsgenegers“ (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 51. Aufl., Rdnr. 5 zu § 178 BGB) zu sprechen. Die Auffassung, auch der Beteiligte zu 2 sei „anderer Teil“ im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB, läßt sich mit dieser Vorschrift nicht vereinbaren. Dies ergibt sich schon daraus, daß eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung unwirksam wird, wenn „der andere Teil“ den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordert. Wollte man hier auch den Beteiligten zu 2 als anderen Teil ansehen, so würde der Beteiligten zu 1 als dem „eigentlichen“ anderen Teil das in § 177 Abs. 2 BGB eingeräumte Recht genommen werden können. Hätten beispielsweise die Beteiligten zu 1 und 3 vereinbart, daß die Beteiligte zu 3 hinsichtlich der Genehmigung eine längere Bedenkzeit haben sollte, so könnte diese Vereinbarung durch eine Fristsetzung des Beteiligten zu 2 auch gegen den Willen der Beteiligten zu 1 unterlaufen werden. Im übrigen müßte, wollte man den Vertreter als anderen Teil gegenüber dem Vertretenen ansehen, in der Erklärung des Beteiligten zu 2 vor dem Notar L. jedenfalls insoweit ein verbotenes Insichgeschäft gem. § 181 BGB gesehen werden.

Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2 ist das Schreiben der Beteiligten zu 3 vom 10. 7. 1991 auch nicht als endgültige Ablehnung der Genehmigung anzusehen. Daß die Beteiligte zu 3 in diesem Schreiben dem Beteiligten zu 2 eine andere — nach ihrer Auffassung für beide Beteiligten günstigere — Aufteilung des ihm von der Beteiligten zu 1 zugedachten Grundbesitzes vorschlägt, läßt noch nicht den Schluß zu, daß die Beteiligte zu 3 ihre Genehmigung zu dem notariellen Vertrag vom 24. 5. 1991 endgültig verweigern wollte. Daß die Beteiligte zu 3 für den Fall, daß der Beteiligte zu 2 ihren Vorschlägen nicht zustimmt, ankündigt, „den Rechtsweg zu beschreiten“, ist als Versuch anzusehen, den Beteiligten zu 2 unter Druck zu setzen und zu veranlassen, den Vorschlägen der Beteiligten zu 3 näher zu treten, bedeutet aber nicht, daß die Beteiligte zu 3, ohne die von ihr erbetene „Entscheidung“ des Beteiligten zu 2 abzuwarten, schon jetzt endgültig die Genehmigung des vor Notar L. abgeschlossenen Vertrages verweigern wollte.

Das Landgericht hat schließlich auch zutreffend in dem Schreiben des Beteiligten zu 2 vom 4. 7. 1991 keine Frist-

setzung im Sinne des § 177 Abs. 2 durch die Beteiligte zu 1 gesehen. Daß die Beteiligte zu 1 im Haushalt ihres Sohnes, des Beteiligten zu 2, lebt und auch möglicherweise Kenntnis von dem Schreiben des Beteiligten zu 2 hatte, reicht für die Annahme, daß das Schreiben vom 4. 7. 1991 auch im Namen der Beteiligten zu 1 und mit deren Willen abgefaßt worden ist, nicht aus.

Die weitere Beschwerde konnte daher insgesamt keinen Erfolg haben. ...

2. BGB § 638 (Verjährung von Gewährleistungsansprüchen bei Malerarbeiten)

Umfangreiche Malerarbeiten, die im Rahmen eines grundlegenden Umbauvorhabens der vollständigen Renovierung eines Hauses dienen, können Arbeiten „bei einem Bauwerk“ sein und daher der fünfjährigen Verjährung unterliegen.

BGH, Urteil vom 16. 9. 1993 — VII ZR 180/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger hatte ein 1968 erbautes Haus erworben, das er grundlegend renovieren wollte. In diesem Zusammenhang beauftragte er den Beklagten Ende 1984 mit Malerarbeiten u. a. an der Fassade sowie in Treppenhaus, Keller und Wohnbereich des Hauses. Der dem Vertragsschluß zugrundeliegende Kostenvoranschlag des Beklagten belief sich auf 18 517,76 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Arbeiten wurden ausgeführt und im Februar 1985 abgenommen. Sie erwiesen sich später als mangelhaft.

Im August 1988 leitete der Kläger ein Beweissicherungsverfahren ein. Mit Schreiben vom 9. 12. 1988 forderte er den Beklagten unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung vergeblich auf, die Mängel zu beseitigen. Am 24. 2. 1989 reichte der Kläger wegen einer Schadensersatzforderung in Höhe des Mängelbeseitigungsaufwandes von 9 601,10 DM einen Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids ein. Dieser wurde am 14. 3. 1989 erlassen und dem Beklagten am 23. 3. 1989 zugestellt.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 8 907,04 DM stattgegeben. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

I. Der Klageanspruch ist aus § 635 BGB gerechtfertigt. Die Revision wendet sich denn auch nicht gegen Grund und Höhe des Klageanspruchs.

II. Das Berufungsgericht sieht die von dem Beklagten ausgeführten Leistungen als Arbeiten bei einem Bauwerk an und hält deshalb den innerhalb der Fünfjahresfrist seit der Abnahme eingeklagten Gewährleistungsanspruch für noch nicht verjährt.

Die Revision hingegen meint, die von dem Beklagten erbrachten Leistungen seien Arbeiten an einem Grundstück, deshalb sei der Klageanspruch verjährt.

Damit hat die Revision keinen Erfolg.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats sind unter Arbeiten „bei Bauwerken“ im Sinne des § 638 Abs. 1 BGB nicht nur Arbeiten zur Herstellung eines neuen Gebäudes zu verstehen, sondern auch Arbeiten, die für die Erneue-

rung oder den Bestand von wesentlicher Bedeutung sind, sofern eine feste Verbindung mit dem Gebäude vorliegt (vgl. Senat, Urteil vom 15. 2. 1990 — VII ZR 175/89 = NJW-RR 1990, 787 = WM 1990, 996 = BauR 1990, 351 = ZfBR 1990, 182 m. w. N., sowie Senat, Urteil vom 16. 5. 1991 — VII ZR 296/90 = NJW 1991, 2486 = WM 1991, 1683 = BauR 1991, 603 = ZfBR 1991, 210 [= MittBayNot 1991, 252]). Welche Instandsetzungs- oder Änderungsarbeiten an einem bestehenden Gebäude als „bei Bauwerken“ geleistet anzusehen sind, kann nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden.

2. Der Senat hat die bloße Erneuerung des Anstrichs von Holzfenstern eines bereits errichteten Gebäudes lediglich als Arbeit an einem Grundstück beurteilt (Senat, Urteil vom 9. 11. 1961 — VII ZR 108/60 = Schäfer/Finnern, Z 2.414 Bl. 106; Senat, Urteil vom 7. 1. 1965, VII ZR 110/63 = Schäfer/Finnern, Z 2.414 Bl. 150).

3. Die Frage der Dauer der Gewährleistungsfrist bei umfangreichen Malerarbeiten an einem bereits errichteten Gebäude wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet (fünf Jahre: OLG Hamburg OLGE 43, 76; OLG Stuttgart NJW 1957, 1679; von Craushaar NJW 1975, 993, 1000; *Derleder* in AK BGB § 638 Rdnr. 5; *Werner/Pastor*, Der Bauprozeß, 7. Aufl., Rdnr. 192; wohl auch *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB, 6. Aufl. B § 13 Rdnr. 29; ein Jahr: OLG Celle NJW 1954, 1607; OLG Düsseldorf JMBL NW 1953, 224 = Schäfer/Finnern, Z 2.414 Bl. 3; OLG Köln NJW-RR 89, 1181; OLG Naumburg JW 1933, 2017). Der Senat hat diese Frage bisher nicht entschieden.

4. Das Berufungsgericht hat mit zutreffenden Erwägungen die fünfjährige Verjährungsfrist für Arbeiten „bei Bauwerken“ gem. § 638 Abs. 1 BGB angewandt.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte an dem Gebäude umfassende Arbeiten auszuführen. Er hatte die Außenfassade mit Tiefengrund vorzustreichen und mit einer Fassadenfarbe zu rollen. Im Büro des Klägers und in seiner Wohnung mußten an den Decken und Wänden die alten Tapeten entfernt werden. Die Flächen waren beizuspachteln und neu mit Rollenmakulatur und Rauhfaser zu bekleben. Der Beklagte hatte sich verpflichtet, die Naturholztüren und die Fußleisten zu schleifen und zu lackieren. Ferner hatte er im Treppenhaus die Wände beizuspachteln und ebenfalls mit Rollenmakulatur und Rauhfaser zu bekleben. Im Keller waren die Decken und Wände zweimal zu rollen; den Kellerboden und die Heizräume hatte der Beklagte mit Zementlackfarbe zu versehen. Schließlich war es seine Aufgabe, die Kaminwand vorzustreichen und zu rollen sowie die Heizkörper zu schleifen und zu lackieren.

b) An der auf Dauer angelegten Zweckbestimmung der Arbeiten besteht nach den Umständen kein Zweifel. Der Kläger wollte sein Haus im Rahmen eines von ihm geplanten Umbaus grundlegend renovieren. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, daß die Parteien nicht nur die Herstellung eines Provisoriums, sondern einen dauerhaft haltbaren Anstrich vereinbart haben. Die Revision greift das nicht an.

c) Die Malerarbeiten des Beklagten waren auch im Rahmen der Erneuerung für das Gebäude des Klägers von wesentlicher Bedeutung. Maßgeblich für die Beurteilung der wesentlichen Bedeutung einer Leistung „bei Bauwerken“ ist

hier die Zweckbestimmung, unter Einsatz nicht unerheblicher finanzieller Mittel das Haus des Klägers wiederherzustellen. Zu Recht hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, daß es vor allem auch wegen des umfassenden Außenanstriches um eine die Substanz des Hauses schützende und erhaltende Renovierung ging, die nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten durchaus vergleichbar ist.

d) Schließlich spricht auch der gesetzgeberische Zweck des § 638 Abs. 1 BGB für die Annahme der fünfjährigen Verjährungsfrist. Der Gesetzgeber hat bei der Bemessung der Verjährungsfrist auf fünf Jahre nicht nur Konstruktionsmängel, sondern auch Mängel des Materials berücksichtigt, wobei durch die längere Verjährungsfrist Gewährleistungsansprüche bevorzugt werden sollten, die sich darauf gründen, daß der Bau — gleichviel in welcher Hinsicht — fehlerhaft ausgeführt worden ist (Senat, Urteil vom 15. 2. 1990 a. a. O. m. w. N.). Mängel von Malerarbeiten an der Hausfassade stellen sich unter Witterungseinfluß häufig erst später als nach einem Jahr heraus (vgl. von Craushaar NJW 1975, 993, 998, Fn. 53).

Im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsanwendung sind bei einer umfassenden Auftragsvergabe wie hier sämtliche Malerarbeiten, also auch die Innenarbeiten, als Bauwerksleistungen zu beurteilen (vgl. von Craushaar a. a. O.). Der Beklagte hat bis zum Schluß der mündlichen Berufungsverhandlung keine Tatsachen vorgetragen, die auf den Abschluß mehrerer gesonderter Verträge über die Anstricharbeiten hindeuten. Im übrigen spricht auch nichts dafür, daß die Parteien ihr wirtschaftlich einheitliches Vertragsverhältnis rechtlich in verschiedene Einzelverträge aufspalten wollten. Zu einer so ungewöhnlichen Gestaltung ihrer Rechtsbeziehung hatten sie keinen Anlaß.

III. Der Beklagte hat danach Arbeiten bei einem Bauwerk ausgeführt. Die Gewährleistungsansprüche des Klägers sind nicht verjährt. Das Berufungsgericht hat mithin die Verjährungseinrede des Beklagten zu Recht nicht durchgreifen lassen.

3. AGBG §§ 1, 9, 11 Nr. 2; BGB § 242 (*Unwirksame AGB in Bauvertrag*)

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen über die Herstellung eines Bauwerks ist die folgende Klausel gem. § 11 Nr. 2 AGBG unwirksam:

„Zum Nachweis, daß die Finanzierung des Bauvorhabens gesichert ist, muß der Auftraggeber eine unwiderrufliche Zahlungsgarantie einer Bank vorlegen. Sollte die Zahlungsgarantie nicht spätestens 4 Wochen vor Baubeginn vorliegen, kann der Auftragnehmer vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall hat er Anspruch auf erbrachte Vorleistungen und nachgewiesenen weiteren Schaden.“

2. Legt ein Verwender seine AGB bei der Abwicklung des Vertrags selbst in einem bestimmten Sinne aus, so setzt er sich mit seinem Vorbringen, die Klausel sei richtigerweise anders und einschränkend auszulegen, treuwidrig in Widerspruch zu eigenem Verhalten.

3. Formularerklärungen, die eine Vertragspartei bei der Abwicklung eines Vertrages verwendet, unterliegen der Inhaltskontrolle nach dem AGBG.

4. Gem. § 9 AGBG ist es unwirksam, in Abwicklung eines Bauvertrags die folgende Vertragserklärung formularmäßig zu verwenden:

„Die . . . (Bank) übernimmt unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtung die selbstschuldnerische Garantie bis zum Höchstbetrag von . . .“.

BGH, Urteil vom 16. 9. 1993 — VII ZR 206/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger verlangen von der Beklagten die Kosten der Fertigstellung ihres Einfamilienhauses als Schadensersatz. Dem liegt folgendes zugrunde:

Im September 1987 hatten die Parteien einen Vertrag geschlossen, in dem sich die Beklagte verpflichtete, zu einem Festpreis von 381.000 DM auf dem Grundstück der Kläger ein Einfamilienhaus zu errichten. Dem Vertrag lagen, von der Beklagten verwendet, vorformulierte „Angebots- und Kaufvertragsbedingungen“ zugrunde. In Nr. 9 heißt es dort u. a.:

„Zum Nachweis, daß die Finanzierung des Bauvorhabens gesichert ist, muß der Auftraggeber der Firma S. (Beklagte) eine unwiderrufliche Zahlungsgarantie einer Bank vorlegen. Sollte die Zahlungsgarantie nicht spätestens 4 Wochen vor Baubeginn vorliegen, kann die Firma S. vom Vertrag zurücktreten. Für den Fall eines Vertragsrücktritts aus diesem Grund hat die Firma S. Anspruch auf erbrachte Vorleistungen. Weitergehenden Schaden kann sie bei Nachweis geltend machen.“

Mit den Bauarbeiten wurde unmittelbar nach Abschluß des Vertrags begonnen. Später erhoben die Kläger wiederholt Mängelrügen. Schließlich forderten sie mit Anwaltsschreiben die Beklagte zur Mangelbeseitigung auf. Mit schriftlicher Antwort vom 18. 4. 1988 leugnete die Beklagte das Vorliegen von Mängeln und rügte dabei mit den Worten

„Wir mußten feststellen, daß bis dato noch keine von Ihrer Bank bestätigte Zahlungsgarantie erbracht“

die Nichtbeachtung von Nr. 9 der Vertragsbedingungen. Dabei handelte es sich um das erste schriftliche Verlangen nach dieser Zahlungsgarantie.

Die von den Klägern daraufhin vorgelegte Bankbestätigung wies die Beklagte zurück. Sie verwies dabei auf ein beigefügtes Formular, das den Klägern bereits einmal zugegangen sei, in dem es u. a. heißt:

„Die . . . (Bank) übernimmt hiermit unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage die selbstschuldnerische Garantie bis zum Höchstbetrag von . . . mit der Maßgabe, daß die Bank aus dieser Bürgschaft nur auf Zahlung in Anspruch genommen werden kann.“

Die Vorlage einer solchen Erklärung verweigerten die Kläger mit dem Hinweis auf vorhandene umfangreiche Mängel.

Im weiteren Verlauf haben die Kläger den Vertrag gekündigt und das Haus durch andere Unternehmer fertigstellen lassen.

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil festgestellt, daß den Klägern ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten zustehe, die sich aus der fristlosen Kündigung des Bauvertrages ergeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen wendet sich ihre Revision.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht führt folgendes aus:

Die Klausel Nr. 9 sei nach der hier maßgeblichen Auslegung dahin zu verstehen, daß eine Zahlungsgarantie gefordert werde, aus der die Beklagte Zahlung auch dann verlangen könne, wenn den Bauherren Leistungsverweigerungsrechte wegen Mängeln und nicht erbrachter Leistungen zustünden. Damit sei die Klausel wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 2 AGBG unwirksam. Im übrigen handle die Beklagte gegen

Treu und Glauben, weil sie die volle Sicherheit erst bei weit fortgeschrittenem und zu $\frac{2}{3}$ bezahltem Vorhaben im Zusammenhang mit Mängelrügen eingefordert habe.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

II. 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der hier maßgebliche Teil der Klausel Nr. 9 wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 2 AGBG unwirksam ist.

a) Entgegen der Auffassung der Revision kann diese Klausel nicht einschränkend im Sinne einer reinen Nachweisgarantie interpretiert werden. Nach dieser, von der Revision befürworteten Auslegung soll die vertraglich geforderte unwiderrufliche Garantie durch den angegebenen Sicherungszweck „Nachweis der Finanzierung“ beschränkt sein. Das kann jedoch nicht bedeuten, daß die „Garantie“ selbst, also das Sicherungsrecht, lediglich eine „Nachweisgarantie“ darstellen solle. Vielmehr müßte dann das geforderte abstrakte Zahlungsverprechen der Bank („Garantie“) durch den vertraglichen Sicherungszweck „Nachweis“ beschränkt, die Sicherheit also zu anderen Zwecken, vor allem zur Inanspruchnahme für Zahlungen allenfalls dann verwendet werden dürfen, wenn die Zahlungsverpflichtung als solche feststeht (vgl. jetzt auch die Regelung von § 648 a Abs. 2 BGB).

Das ist eine außerordentliche einschränkende Auslegung. Sie ist im Zusammenhang mit unwiderruflichen Garantien ungewöhnlich und unüblich und mit dem geforderten weitgehenden Sicherungsrecht sachlich nicht in Einklang zu bringen. Ohne weitere Anhaltspunkte, die aus der Vereinbarung nicht ersichtlich sind, kann deshalb von einem solchen Verständnis nicht ausgegangen werden. Die Klausel ist deshalb nicht unklar im Sinne der Ausführungen des Berufungsgerichts, sondern eindeutig dahin zu verstehen, daß eine nicht durch Einwendungen und Einreden beschränkbare Zahlungsgarantie gefordert wird.

Eine andere Auslegung kommt im übrigen hier schon deshalb nicht in Frage, weil die von der Beklagten in Erfüllung der Klausel eingeforderte Formularerklärung in klarem Widerspruch zu der von der Beklagten jetzt für richtig gehaltenen Interpretation steht. Diese Formularerklärung der Beklagten enthält nämlich mindestens die Forderung nach einer abstrakten Zahlungsgarantie, mit der nicht nur Mängeleinreden, sondern sogar die Anfechtung und Aufrechnung ausgeschlossen werden sollen. Legt ein Verwender seine AGB bei der Abwicklung des Vertrags selbst in einem bestimmten Sinne aus, so kann er mit dem Vorbringen, die Klausel sei richtigerweise anders und einschränkend ausulegen, nicht mehr gehört werden, da er sich damit treuwidrig in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzt (§ 242 BGB).

b) Im übrigen ist auch die Formularerklärung selbst, unabhängig davon, ob es überhaupt möglich ist, die Anfechtung in dieser Weise vertraglich zu beschränken, wegen Verstoßes gegen § 9 AGB-Gesetz unwirksam. Sie benachteiligt den Vertragspartner unter Verstoß gegen Treu und Glauben unangemessen zumindest deshalb, weil sie selbst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verwender ausschließt.

c) Somit sind die Klauseln nach Sachlage dazu bestimmt und jedenfalls dazu geeignet, dem Kunden Leistungsverweigerungsrechte aus § 320 BGB wegen Mängeln der Leistung und auch Einwendungen wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Vorleistungsverpflichtungen abzuschneiden.

Nach der Rechtsprechung des Senats sind Klauseln, die in dieser Weise von dem gesetzlichen Muster der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers abweichen, in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 6. 12. 1984 — VII ZR 227/83 = NJW 1985, 855 = BauR 1985, 192 = ZfBR 1985, 134).

An dieser Beurteilung hat sich auch durch das Bauforderungssicherungsgesetz nichts geändert. Auch nach der neuen Rechtslage dürfen dem Besteller solche Einwendungen nicht abgeschnitten werden.

2. Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob die Revision nicht auch aus anderen Gründen unbegründet ist.

Es kann somit offenbleiben, ob die Beklagte mit ihrem Formular für die Garantieerklärung mehr gefordert hat, als sie nach ihrer unwirksamen AGB-Klausel hätte verlangen können. Denn es ist zumindest nicht selbstverständlich, daß mit der vereinbarten unwiderruflichen Garantie auch Aufrechnung und Anfechtung ausgeschlossen werden sollten, wie das Formular das vorsieht.

Offenbleiben kann auch, ob die Beklagte, wofür auch nach Auffassung des Senats sehr viel spricht, gegen Treu und Glauben verstoßen hat, weil sie die volle Garantie abweichend von den vertraglichen Abmachungen erst im Zusammenhang mit stichhaltigen Mängelrügen eingefordert hat, als das Bauvorhaben bereits zu rund $\frac{2}{3}$ fertiggestellt und bezahlt war.

4. BGB §§ 223, 222, 813 (*Verjährungseinrede gegenüber dinglichen Sicherungsrechten*)

1. **Auf die Verjährung der schuldrechtlichen Zinsansprüche kann sich der Schuldner auch berufen, wenn der Gläubiger diese Ansprüche aus Gegenständen zu befriedigen sucht, an denen ihm ein dingliches Sicherungsrecht zusteht.**

2. **Hat es der Schuldner versäumt, gegenüber einer Zwangsvollstreckung des Gläubigers die Verjährungseinrede zu erheben und im Wege der Klage aus § 767 ZPO durchzusetzen, so kann er sich auch nach Abschluß der Vollstreckung zur Begründung von Bereicherungsansprüchen noch auf die Verjährung berufen. Das gilt auch, wenn der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Zahlungen erbracht hat.**

BGH, Urteil vom 5. 10. 1993 — XI ZR 180/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger zu 1) betrieb früher auf einem ihm und seiner Ehefrau, der Klägerin zu 2), gehörenden Grundstück in K. eine Fabrik. Die Beklagte — eine Sparkasse — gewährte den Klägern ab 1972 mehrere Darlehen, zu deren Sicherung das Betriebsgrundstück mit Grundschulden belastet wurde. Die Beklagte führte für die Kläger drei Darlehenskonten und ein Kontokorrentkonto. Am 1. 12. 1978 kündigte sie ihr gesamtes Kreditengagement fristlos wegen Zahlungsverzugs. Zur Rückführung der Verbindlichkeiten richtete die Beklagte ein Abwicklungskonto (Nr. ... 9223) ein und buchte darauf am 29. 12. 1978 den auf dem bestehenden Kontokorrentkonto entstandenen Sollsaldo von 170.000 DM. Die Kläger leisteten in der Folgezeit auf das Abwicklungskonto Zahlungen; diese wurden von der Beklagten teils zur Verringerung des dortigen Sollsaldo verwandt, teils als Gutschriften auf die — weitergeführten — drei Darlehenskonten umgebucht. Für das Abwicklungs-

konto berechnete die Beklagte den Klägern Kontokorrentzinsen; die Darlehenskonten belastete sie jeweils mit Zinsen in Höhe der früheren vertraglichen Vereinbarung.

Ab 1982 betrieb die Beklagte aus der notariellen Urkunde über die Bestellung der erstrangigen Grundschuld die Zwangsvollstreckung in das Betriebsgrundstück. Es wurde am 25. 2. 1988 versteigert; im Verteilungstermin am 18. 5. 1988 wurde der Beklagten ein Erlösanteil von 916.705,39 DM zugeteilt. Damit glich sie eines der Darlehenskonten (Nr. ... 5847) und das Abwicklungskonto vollständig aus; den Restbetrag schrieb sie dem zweiten Darlehenskonto (Nr. ... 2321) gut.

Die Kläger hatten weitere Kredite von einer anderen Bank erhalten und mit einer Hypothek an ihrem Privathausgrundstück in Ka. gesichert. Als die Bank daraus 1986 die Zwangsversteigerung betrieb, löste die Beklagte deren Darlehensforderung ab, ließ sich die Hypothek abtreten und belastete mit dem Ablösungsbetrag das Abwicklungskonto der Kläger. Später betrieb die Beklagte selbst die Vollstreckung in das Privathausgrundstück. Zur Vermeidung der Zwangsversteigerung zahlten die Kläger am 20. 4. 1989 an die Beklagte einen Ablösungsbetrag von 304.082,70 DM. Damit glich die Beklagte das zweite Darlehenskonto (Nr. ... 2321) vollständig aus; den Rest verbuchte sie auf dem letzten Darlehenskonto (Nr. ... 3923).

Als weitere Sicherheit hatte der Kläger zu 1) der Beklagten die Rechte aus vier Lebensversicherungen abgetreten. Zur Durchsetzung ihrer restlichen Ansprüche — die sie am 20. 6. 1989 noch mit 138.769,02 DM beziffert hatte — kündigte die Beklagte drei der Versicherungsverträge und erhielt von den Versicherern im August 1989 und Mai 1990 57.440,69 DM, 41.654,96 DM und 50.340,61 DM ausgezahlt.

Die Kläger haben der Beklagten vorgeworfen, sie habe ihre Konten falsch abgerechnet und sie insbesondere nach der Darlehenskündigung Ende 1978 noch mit Zinsen in einer Höhe belastet, die nach der BGH-Rechtsprechung nicht mehr gerechtfertigt gewesen sei.

Die Kläger haben Ersatz des Schadens verlangt, der ihnen durch die Zwangsversteigerung ihres Betriebsgrundstücks entstanden sei; aufgrund der überhöhten Forderungen der Beklagten sei eine rechtzeitige Umschuldung mißlungen. Den ihnen dadurch entstandenen Schaden haben die Kläger mit mindestens 350.000 DM beziffert und davon mit der Klage einen Teilbetrag von 50.000 DM geltend gemacht.

Daneben haben die Kläger die Zahlung weiterer 178.403,99 DM nebst Zinsen verlangt, weil der Beklagten aufgrund der Sicherheitenverwertung mehr zugeflossen sei, als ihr zugestanden habe. Hilfsweise haben die Kläger den Anspruch auch darauf gestützt, die bis Ende 1983 entstandenen Verzugszinsforderungen seien, als die Beklagte 1988 ihren Erlösanteil aus der Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks erhalten und verrechnet habe, bereits verjährt gewesen.

Der Kläger zu 1) hat außerdem als Schadensersatz den Neuabschluß der drei gekündigten Lebensversicherungen und die Rückabtretung der Rechte aus der vierten Versicherung verlangt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 5.349,40 DM nebst Zinsen und zur Rückabtretung der letzten, noch bestehenden Lebensversicherung verurteilt, die Klage im übrigen aber abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der Revision haben sie nur ihre Zahlungsansprüche weiterverfolgt. Wegen ihres Zahlungsantrags über 50.000 DM nebst Zinsen hat der Senat die Annahme der Revision durch Beschluß vom 8. 6. 1993 mangels Erfolgsaussicht abgelehnt; das Berufungsgericht hatte die Abweisung dieser Schadensersatzforderung damit begründet, auch wenn die Beklagte vor der Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks überhöhte Zahlungsansprüche gestellt habe, sei die Zuvielforderung doch für den durch die Versteigerung entstandenen Schaden nicht kausal geworden, weil die Kläger auch die berechtigte Forderung in Höhe von 1.279.611,83 DM nach ihrem eigenen Vortrag nicht hätten bezahlen können.

Im Streit ist danach nur noch der Klageantrag auf Zahlung weiterer 173.054,59 DM nebst 5,7% Zinsen seit dem 20. 4. 1989 und 7,5% Zinsen ab Rechtshängigkeit.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg, soweit die Kläger Zahlung weiterer 173.054,59 DM nebst 7,5% Zinsen ab 15. 5. 1990 (Rechtshängigkeit) begehren; unbegründet ist lediglich die Zinsforderung für die frühere Zeit.

I. Nicht durchdringen kann die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe, wenn es von einer berechtigten Forderung der Beklagten in Höhe von 1.279.611,83 DM im Zeitpunkt der Versteigerung im Februar 1988 ausgehe, den Vortrag der Klägerin, die Gesamtforderung habe damals nur 1.163.920,92 DM betragen, verfahrensfehlerhaft übergangen. Das Berufungsgericht hat sich mit den Einwendungen der Kläger, auf denen ihre abweichende Berechnung beruht, hinreichend auseinandergesetzt: . . .

II. Die Verzugszinsberechnung des Berufungsgerichts für die Darlehenskonten ist jedoch aus einem anderen Grunde für die Zeit nach der Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks — auch ohne eine ausdrücklich darauf gerichtete Rüge der Kläger — materiell-rechtlich zu beanstanden.

Das Berufungsgericht folgt auch insoweit der letzten Abrechnung der Beklagten für die Zeit ab 28. 2. 1988. Diese Abrechnung beginnt für alle Konten jeweils mit dem Saldozustand, der sich aus den Abrechnungen für die vorangegangene Zeit vom 1. 1. 1979 bis 28. 2. 1988 ergab. Für diesen Zeitraum hatte die Beklagte bei den Darlehenskonten stets Kapital- und Zinsschulden gesondert erfaßt und Verzugszinsen jeweils nur von den noch geschuldeten Kapitalbeträgen berechnet, Zinseszinsen also vermieden. Zum 28. 2. 1988 faßte sie jedoch Kapital- und Verzugszinsschuld zu einem Schlußsaldo zusammen, übernahm dessen Summe als Anfangskontostand in die neue Abrechnung für die Folgezeit und legte diesen — aus Kapital und Zinsen bestehenden — Betrag der nächsten Verzugszinsberechnung zugrunde. Ebenso verfahren Beklagte und Berufungsgericht — ohne Begründung — jeweils auch bei den folgenden Zinsberechnungen bis zum vollständigen Ausgleich aller Darlehenskonten. Auf diese Weise wurden die Kläger ab 28. 2. 1988 ständig mit Zinseszinsen belastet. Dazu ist der Darlehensgläubiger nach der Kündigung grundsätzlich nicht berechtigt (Senatsurteile vom 13. 11. 1990 — XI ZR 217/89 = WM 1991, 60, 63 und vom 9. 2. 1993 — XI ZR 88/92 = WM 1993, 586 [= MittBayNot 1993, 354]). Die Ausnahmenvoraussetzungen des § 355 HGB lagen für die Darlehenskonten nicht vor. Als Verzugszinsersatz nach §§ 286 Abs. 1, 289 Satz 2 BGB kann der Gläubiger Zinsen von Verzugszinsen nur verlangen, wenn er den Schuldner wegen rückständiger Verzugszinsbeträge durch Mahnung in Verzug gesetzt hat; an den Inhalt einer solchen Mahnung stellt der erkennende Senat strenge Anforderungen (vgl. Senatsurteile vom 13. 11. 1990 und vom 9. 2. 1993 a. a. O.). Hier bietet das Vorbringen der Beklagten für das Vorliegen wirksamer Mahnungen keine Anhaltspunkte.

Danach ist die Beklagte aus § 812 BGB zur Rückzahlung der rechtsgrundlos berechneten Zinseszinsen verpflichtet.

III. Ein Bereicherungsanspruch steht den Klägern ferner zu, soweit die Beklagte aufgrund der Sicherheitenverwertung ab 1988 Befriedigung für Verzugszinsansprüche erlangt hat, die bereits verjährt waren.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung insoweit damit begründet, da die Verjährungseinrede im Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung noch nicht erhoben worden sei, hätte die Beklagte selbst verjährte Zinsen in ihre Berech-

nung einbeziehen können; außerdem gelte die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB nicht für Verzugszinsansprüche, die nicht auf § 288 Abs. 1 BGB gestützt, sondern als Verzugschaden nach § 286 BGB geltend gemacht würden.

Diese Begründung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Wie der erkennende Senat inzwischen in einem anderen Verfahren ausdrücklich bekräftigt hat, unterliegen Ansprüche auf Verzugszinsen der kurzen Verjährung nach §§ 197, 201 BGB auch, soweit sie auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB gestützt werden; denn auch insoweit sind sie auf wiederkehrende Leistungen gerichtet (Senatsbeschuß vom 2. 3. 1993 — XI ZR 133/92 = WM 1993, 752 m. w. N.).

Anfang 1988 waren daher alle Verzugszinsansprüche, die bis zum Schluß des Jahres 1983 auf den Darlehenskonten entstanden und nicht bereits durch Zahlungen erfüllt waren, verjährt.

Die Verjährung war vorher auch nicht, wie die Beklagte unter Hinweis auf erstinstanzliches Vorbringen geltend macht, gem. § 208 BGB durch Abschlagszahlungen oder ein Saldoanerkennnis unterbrochen worden. Dieses Vorbringen betrifft nur das Abwicklungskonto, bei dem die Verjährung kontokorrentgebundener Einzelforderungen ohnehin analog § 202 BGB gehemmt war (*Schlegelberger/Hefermehl* HGB 5. Aufl. § 355 Rdnr. 34; *Canaris* Großkomm. HGB 3. Aufl. § 355 Rdnr. 57). Für die Zinsbelastungen der Darlehenskonten sind die Voraussetzungen des § 208 BGB nicht dargetan.

2. Auf die Verjährung der schuldrechtlichen Zinsansprüche kann sich ein Schuldner auch berufen, wenn der Gläubiger diese Ansprüche aus Gegenständen zu befriedigen sucht, an denen ihm ein dingliches Sicherungsrecht zusteht. Das ergibt sich aus § 223 Abs. 3 BGB. Dieser Absatz nimmt auf die vorangegangenen Absätze Bezug und ist daher nur im Zusammenhang mit ihnen zu verstehen:

Abs. 1 sieht vor, daß ein Gläubiger, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt worden ist, trotz der Akzessorietät dieser Sicherungsrechte durch die Verjährung des gesicherten Anspruchs nicht gehindert wird, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen. Grundschulden fallen — ebenso wie andere nicht akzessorische Rechte — nicht unter Abs. 1. Dafür bestimmt Abs. 2, daß aufgrund der Verjährung des gesicherten Anspruchs nicht die Rückübertragung von Rechten verlangt werden kann, die sicherungshalber übertragen worden sind. Diese Vorschrift ist — wie sich schon aus der Begründung in den Motiven (Bd. I, 345 zu § 183 des Entwurfs I) ergibt — auch auf Grundschulden anwendbar. In Abs. 2 sollte für abstrakte Sicherungsrechte sachlich das gleiche ausgesprochen werden wie für akzessorische in Abs. 1 (BGHZ 34, 191, 195; *Blomeyer* JZ 1959, 15, 16).

Die beiden ersten Absätze des § 223 BGB finden nach Abs. 3 keine Anwendung auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen. Soweit es um solche Rückstände geht, kann danach der Schuldner sich auch gegenüber dinglichen Sicherungsrechten auf die Verjährung des schuldrechtlichen Anspruchs berufen. Das ergibt sich bei den in Abs. 1 genannten Rechten aus der Akzessorietät, bei Grundschulden und anderen abstrakten Sicherungsrechten aus der schuldrechtlichen Sicherungsabrede; durch

sie wird die dinglich nicht beschränkte Rechtsmacht des Gläubigers schuldrechtlich im Verhältnis der Sicherungsvertragsparteien auf das Maß begrenzt, das sich aus dem Kausalverhältnis ergibt.

3. Der Bereicherungsanspruch scheidet auch nicht daran, daß die Kläger zu der Zeit, als die Beklagte die Zwangsvollstreckung betrieb und die Sicherheiten verwertete, die Verjährungseinrede noch nicht erhoben, sondern sich darauf erst im jetzigen Rechtsstreit berufen haben.

Die Beklagte war zwar, da der Ablauf der Verjährungsfrist den Anspruch nicht beseitigt, sondern dem Schuldner nur ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, nicht verpflichtet, die Verjährung von sich aus bei der Sicherheitenverwertung zu berücksichtigen; sie hat sich nicht dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, daß sie gegenüber den Klägern Ablösungsforderungen stellte, die auch verjährte Zinsen umfaßten.

Zur Begründung von Bereicherungsansprüchen können die Kläger sich aber auch jetzt noch darauf berufen, daß ihnen im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung und der sonstigen Sicherheitenverwertung bereits ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht zustand. Zwar hätten die Kläger, wenn sie sich damals bereits mit der Verjährungseinrede gegen die Zwangsvollstreckung hätten wehren wollen, nach § 767 ZPO vorgehen müssen (*Staudinger/Dilcher* 12. Aufl. § 223 BGB Rdnr. 3). Daraus folgt aber nicht, daß sie, weil sie ein solches Vorgehen versäumt haben, ihre materiellen Rechte verloren haben. Nach allgemeiner Ansicht setzen sich vielmehr die rechtlichen Möglichkeiten der Vollstreckungsabwehrklage nach Beendigung der Zwangsvollstreckung in der materiell-rechtlichen Bereicherungsklage fort (BGHZ 83, 278, 280 m. w. N.; BGH, Urteile vom 23. 4. 1986 — IV b ZR 29/85 = NJW 1986, 2047, 2048 und vom 6. 3. 1987 — V ZR 19/86 = WM 1987, 1048, 1049).

Für die Verjährungseinrede ergibt sich auch nichts Gegenteiliges aus § 222 Abs. 2 Satz 1 BGB. Nach dieser Bestimmung kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Diese Ausnahme von der Regel des § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt jedoch nur, wenn der Schuldner die Leistung freiwillig erbracht hat; ist wegen einer verjährten Forderung vollstreckt worden, so steht dem Schuldner ein Rückforderungsanspruch zu (*MünchKomm/v. Feldmann* 3. Aufl. BGB § 222 Rdnr. 5; *Soergel/Walter* 12. Aufl. § 222 BGB Rdnr. 12; *Palandt/Heinrichs* 52. Aufl. § 222 BGB Rdnr. 3). Sofern *Heinrichs* a. a. O. den Rückforderungsanspruch von einer vorherigen Aufhebung des Titels gem. § 767 ZPO abhängig machen will (ähnlich *Erman/Hefermehl* 9. Aufl. § 222 BGB Rdnr. 2), ist ihm nicht zu folgen; die Klage aus § 767 ZPO wird unzulässig, sobald die Vollstreckung durch Befriedigung des Gläubigers beendet ist; trotzdem und gerade danach kann der Schuldner noch aus seinem materiellen Recht vorgehen (*Lippmann* DJZ 1906, 1256). Den Klägern steht daher ein uneingeschränkter Bereicherungsanspruch zu, soweit die Beklagte ohne Mitwirkung der Kläger Sicherheiten verwertet und den Erlös auf Zinsansprüche verrechnet hat, die bereits verjährt waren.

Ebenso zu behandeln ist schließlich auch die Ablösungszahlung, die von den Klägern im April 1989 an die Beklagte geleistet wurde, um die Zwangsversteigerung des Privatgrundstücks zu vermeiden. Auch bei einer auf diese Weise erzwungenen Leistung ist der Schuldner zur Rück-

forderung berechtigt (KG JW 1933, 1262; *MünchKomm/v. Feldmann* a. a. O.; *Palandt/Heinrichs* a. a. O.; *Lippmann* a. a. O.). Diese Auffassung wird im Schrifttum zwar teilweise in Frage gestellt, jedoch ohne überzeugende Begründung (*Soergel/Walter* a. a. O.; *Staudinger/Dilcher* a. a. O. § 222 BGB Rdnr. 4; *Erman/Hefermehl* a. a. O.). Hat der Schuldner eine Zahlung nur unter dem Druck erbracht, andernfalls im Wege der Zwangsvollstreckung schwerwiegende Verluste erleiden zu müssen — hier ging es um das von den Klägern selbst bewohnte Hausgrundstück —, so muß es bei der Regel des § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB bleiben. Eine Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 222 Abs. 2 BGB ist nur bei freiwilligen Leistungen gerechtfertigt.

IV. . . .

5. BGB §§ 320, 504 ff.; BauGB §§ 24 ff. (*Fälligkeit des Kaufpreises bei Vorkaufsrechtsausübung*)

1. **War im Grundstückskaufvertrag mit dem Dritten die Auflassung erklärt worden, so tritt für den Vorkaufsberechtigten die Kaufpreisfälligkeit unabhängig davon ein, ob der Eigentümer auch ihm gegenüber die Einigung über den Eigentumsübergang erklärt.**
2. **War im Erstkaufvertrag der Eintritt der Fälligkeit an eine Notarmitteilung geknüpft, so führt die sinnentsprechende Anpassung der ursprünglichen Fälligkeitsvereinbarung an den neuen Vertrag dazu, daß die Notarmitteilung auch für den neuen Vertrag maßgeblich ist.**

(*Leitsätze des Einsenders*)

OLG München, Urteil vom 15. 7. 1993 — 19 U 1754/93 —, mitgeteilt durch Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um Fälligkeitszinsen aufgrund eines durch Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts zustande gekommenen Grundstückskaufvertrages.

Am 30. 7. 1990 bestellte der Kläger Herrn . . . zu seinem Generalbevollmächtigten.

Am 26. 11. 1990 verkaufte der Bevollmächtigte dieses Grundstück an eine Erwerbbergemeinschaft. Unter Ziffer III der Urkunde des Notars wurde auch die Auflassung bezüglich des Grundstücks vereinbart.

Unter Ziffer IV 6 der notariellen Urkunde wurde niedergelegt:

„Die Vertragsteile weisen den beurkundenden Notar an, den Antrag auf Vollzug der Auflassung im Grundbuch erst zu stellen, wenn der Verkäufer die Bezahlung des Kaufpreises einschließlich etwaiger Zinsen schriftlich bestätigt hat oder diese in anderer Weise nachgewiesen ist. Der Käufer verzichtet auf sein Recht, selbst den Antrag auf Eigentumsumschreibung zu stellen.“

Der vereinbarte Kaufpreis war entsprechend dem als Anlage I der notariellen Urkunde beigefügten Zahlungsplan fällig. Dort heißt es:

„Der vereinbarte Kaufpreis ist innerhalb von 14 Tagen zu bezahlen, muß also innerhalb dieser Frist dem Verkäufer zugehen oder gutgeschrieben werden, nachdem der Käufer vom beurkundenden Notar eine schriftliche Mitteilung erhalten hat, daß a) seine Auflassungsvormerkung im Rang nach der übernommenen Belastung, gegebenenfalls im Rang nach Finanzierungsgrundpfandrechten, die für seine Rechnung bestellt werden, im Grundbuch eingetragen ist und

b) von der Landeshauptstadt München ein Negativzeugnis vorliegt, wonach ein gesetzliches Vorkaufsrecht nicht besteht oder nicht ausgeübt wird.

Der Kaufpreis ist bis zu seiner Fälligkeit unverzinslich. Vom Zeitpunkt der Fälligkeit an ist er mit 3% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen, und zwar jährlich.

Die Zinsen sind fällig.

Die Geltendmachung eines über diese Verzugszinsen hinausgehenden Schadens bleibt dem Verkäufer vorbehalten.“

Die Beklagte wurde über den Kaufvertrag unterrichtet.

Auf Antrag der Beklagten vom 12. 2. 1991 wurde am 20. 2. 1991 in Abteilung II des Grundbuchs gem. § 28 Abs. 2 Satz 3 BauGB zur Sicherung ihres Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks eine Vormerkung eingetragen. Am 21. 2. 1991 wurde der Beklagten dies vom Grundbuchamt mitgeteilt (Eingang bei der Beklagten).

Mit Bescheid vom 25. 2. 1991 übte die Beklagte ihr Vorkaufsrecht aus; dieser Bescheid wurde am 2. 4. 1991 bestandskräftig.

Wegen der Gestaltung der Auflassung zwischen den Prozeßparteien kam es sodann zu einer Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Notariat. Nachdem das Notariat der Beklagten bereits mit Schreiben vom 17. 4. 1991 den Entwurf einer Auflassungs-urkunde übersandt hatte, teilten die Notare mit Schreiben vom 6. 5. 1991 der Beklagten mit, daß ihrer Ansicht nach die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Kaufpreiszahlung gegeben seien. Das Schreiben ging der Beklagten am 8. 5. 1991 zu. Dieses Schreiben enthielt auch die Auflassungsurkunde, die am 13. 5. 1991 von der Beklagten genehmigt wurde. Die Genehmigung wurde am 15. 5. 1991 an das Notariat übersandt. Am 26. 5. 1991 zahlte die Beklagte den Kaufpreis. Mit Anwaltschreiben vom 9. 3. 1992 forderte der Kläger die Beklagte zur Zahlung der Klageforderung auf.

Der Kläger ist der Ansicht, er könne die vertraglich geschuldeten Zinsen für 61 Tage beanspruchen. Die Fälligkeit sei mit Zustellung des Vorkaufsrechtsausübungsbescheides an seinen Generalvoll-mächtigten am 28. 2. 1991 eingetreten.

Der Kläger beantragte, die Beklagte zur Zahlung von DM 19.845,89 nebst 4% Zinsen seit dem 31. 3. 1992 zu verurteilen.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Sie ist der Meinung, der Vertrag, welcher kraft Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen ihr und dem Kläger zustande gekommen sei, sei insoweit auszuheben oder anzupassen, als die Fälligkeit nicht vor Erklärung der Auflassung eintreten könne. Anderenfalls sei sie nämlich gegenüber dem Erstkäufer schlechter gestellt, da der Kläger mit diesem die Auflassung bereits zugleich mit dem ersten Kaufvertrag erklärt hatte.

Hilfsweise beruft sie sich darauf, die Fälligkeit sei frühestens 14 Tage nach Zugang der Mitteilung des Notars (8. 5. 1991) über das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen eingetreten.

Mit am 9. 12. 1992 verkündetem Urteil sprach das Landgericht dem Kläger Fälligkeitszinsen in Höhe von 12.543,72 DM für den Zeitraum 17. 4. bis 24. 5. 1991 (38 Tage) zu. Als Beginn des Zeitraums legte es hierbei 14 Tage nach Bestandskraft (2. 4. 1991) des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts zugrunde. Da der vom Kläger angeführte Kontoeingang (26. 5. 1991) auf einen Sonntag fiel, ging es von einem Buchungstag 24. 5. 1991 aus.

Anstelle des für die Fälligkeitsregelung im Vertrag vorgesehenen Negativzeugnisses müsse im Vorkaufsfalle die Bestandskraft des Vorkaufsrechtsausübungsbescheids treten. Ein Bestehen der Beklagten auf der im ursprünglichen Kaufvertrag vorgesehenen förmlichen Notarmitteilung, die hier nicht vorliege, wäre treuwidrig (§ 242 BGB), da im Gegensatz zur Regelung im ersten Kaufvertrag die Beklagte selbst die Eintragung der Auflassungsvormerkung betrieb: Auch wenn die Mitteilung des Grundbuchamtes nur Aufschluß über die Eintragungsrangfolge in Abteilung II des Grundbuchs gegeben habe, wäre es ihr möglich gewesen, beim Grundbuchamt nachzufragen, ob inzwischen — d. h. vor Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten — Eintragungen in Abteilung III erfolgt seien.

Der Fälligkeitszeitpunkt könne nicht wegen der später erklärten Auflassung nach rückwärts verschoben werden. Die Bestimmung

des § 505 Abs. 2 BGB beziehe sich nur auf die schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Verpflichtetem und Drittem, nicht jedoch auf die im ursprünglichen Kaufvertrag bereits erklärte Auflassung als dinglichem Rechtsgeschäft. Zwar sei Zweck der in § 505 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung der Schutz von Vorkaufsberechtigtem und -verpflichtetem in gleichem Maße, doch führe dies nicht dazu, daß die Fälligkeit nicht vor Erklärung der Auflassung eintreten könne. Denn das Verbot der Schlechterfüllung gelte nur innerhalb des Kaufvertrages, nicht aber für die auf der sachenrechtlichen Ebene liegende Auflassung. Die für den Erstkäufer durch den Empfang der Auflassung eingetretene günstige (dingliche) Rechtsposition müsse deshalb vom Zweck des Vorkaufsrechtes her nicht auch für den Zweitkäufer gelten. Es liefe dem Gebot von Rechtssicherheit und -klarheit zuwider, den Kaufvertrag an sachlich außerhalb von diesem liegende Umstände anzupassen.

Die beklagte Partei hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt:

Das Notarschreiben vom 6. 5. 1991 sei sehr wohl eine formelle Mitteilung des Notars. Die Fälligkeitsbestimmung habe eine Schutzfunktion für den Käufer, die der in den Vertrag eintretenden Beklagten ebenfalls zugute kommen müßte. Das Landgericht habe nicht beachtet, daß schuldrechtliche Verknüpfungen zwischen der im Erstvertrag erklärten Auflassung und den schuldrechtlichen Vertragsbestimmungen vorliegen. Im Normalfall werde der Kaufpreis fällig Zug um Zug mit der notariellen Auflassungserklärung. Hier sei die Kaufpreisfälligkeit zwar zugunsten des Käufers bis zur Erfüllung der in Anlage I zum Kaufvertrag niedergelegten Bedingungen hinausgeschoben worden, doch ändere dies nichts daran, daß ohne die bereits im Kaufvertrag erklärte Auflassung — abgesehen von den genannten weiteren Bedingungen — eine Kaufpreisfälligkeit nicht hätte eintreten können. Hierbei handle es sich aber um eine schuldrechtliche Verknüpfung zwischen Fälligkeit und Auflassungserklärung. Wegen der bindenden Auflassung (§ 873 Abs. 2 BGB) habe diese Verknüpfung für den Käufer auch kein Risiko enthalten. Der Beklagten, die als Vorkaufsberechtigte nicht schlechter gestellt werden dürfe als der Erstkäufer, müsse aber dieselbe Rechtsposition zugebilligt werden. Daraus folge, daß eine Kaufpreisfälligkeit erst mit der Auflassungserklärung eintreten könne, da andernfalls die Beklagte gegebenenfalls ihren Auflassungsanspruch — trotz vorheriger Kaufpreisfälligkeit — erst gerichtlich durchsetzen müßte. Zumindest stehe ihr aber bis zur Erklärung der Auflassung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zu, das ebenfalls Fälligkeitszinsen ausschließe.

Die Beklagte beantragt, das Endurteil des Landgerichts München insoweit aufzuheben, als der Klage stattgegeben wurde und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er stützt sich auf die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils und führt aus, daß die Beklagte von vorneherein die Auffassung vertreten habe, der Kaufpreis sei erst nach der Erklärung der Auflassung zu bezahlen, es ihr somit auf die Notarmitteilung und die darin erfolgte Bestätigung der Rangstelle nicht angekommen sei.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten erwies sich zum überwiegenden Teil als begründet.

Eine sinnentsprechende Anpassung der ursprünglichen Fälligkeitsvereinbarung an den neuen Kaufvertrag mit der vorkaufsberechtigten Beklagten führt dazu, daß die Kaufpreisfälligkeit 14 Tage nach dem Eingang der Notarmitteilung vom 6. 5. 1991 bei der Beklagten eintrat, sodaß im Ergebnis lediglich Fälligkeitszinsen für 2 Tage (23. und 24. 5. 1991) in Höhe von 659,72 DM anfielen, die die Beklagte dem Kläger zu erstatten hat. Der Auffassung der Beklagten, daß die Kaufpreisfälligkeit erst mit der Auflassungserklärung eintritt mit der Folge, daß keinerlei Fälligkeitszinsen angefallen waren — kann nicht gefolgt werden.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Im Gegensatz zur Auffassung des LG kann der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in NJW 1989, 37 nur entnommen werden, daß die Kaufpreisfälligkeit nicht vor der Bestandskraft der Ausübungserklärung hinsichtlich des Vorkaufsrechtes eintreten kann, da erst zu diesem Zeitpunkt die privatrechtsgestaltende Wirkung des Verwaltungsaktes eintritt und damit der die Kaufpreisforderung begründende neue selbständige Kaufvertrag zwischen Kläger und Beklagter zustandekommen konnte.

Die Formulierung „es mag naheliegen, daß der Kaufpreis 10 Tage nach Eintritt der Bestandskraft der Ausübungserklärung fällig geworden wäre“, besagt weder, daß die ursprüngliche Fälligkeitsvereinbarung auf diesen Zeitpunkt sinntensprechend anzupassen ist, noch — worauf die Beklagte im Anschluß an *Grziwotz* in MittBayNot 1992, 173 (hier: 176) abstellt —, daß es für den Eintritt der Fälligkeit der im ursprünglichen Vertrag vorausgesetzten Notarmitteilung nicht mehr bedürfe. Im entschiedenen Fall war nämlich im Zeitpunkt der Bestandskraft der Ausübungserklärung der Kaufpreis längst bezahlt, so daß es auf den Zeitpunkt der Fälligkeit nicht ankam. Des weiteren hatten sich die dortigen Parteien zwischen Ausübungserklärung (3.11.1980) und deren Bestandskraft (Mai 1984) im Rahmen einer Auseinandersetzungsvereinbarung über die Kaufpreiszahlung geeinigt, so daß es auf eine Notarmitteilung nicht (mehr) ankommen konnte.

2. Der Auffassung des Klägers, durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes dürfe der Fälligkeitszeitpunkt gegenüber der erstvertraglichen Regelung nicht zu seinen Lasten auf einen späteren Zeitpunkt angepaßt werden, da der Kaufverpflichtete nicht schlechter gestellt werden dürfe, kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Dieser Grundsatz der Nichtschlechterstellung (vgl. *Palandt/Putzo* 51. Aufl. § 505 BGB, Rdnr. 3) erfährt zumindest für das gemeindliche Vorkaufsrecht nach dem Bundesbaugesetz eine Einschränkung, als hierdurch etwa eintretende Vermögensnachteile für den Verkäufer auf der Situationsgebundenheit seines Grundeigentums beruhen und als Ausprägung der Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) hinzunehmen sind (vgl. BGH NJW 1989, 38 mit Nachweisen). Dem Verkäufer wird von der Rechtsprechung (vgl. BGH a. a. O.) sogar ein längerer Aufschub der Kaufpreisfälligkeit zugemutet, wenn z. B. der Käufer auf verwaltungsgerichtlichem Wege gegen die Ausübungserklärung vorgeht.

3. Der Meinung der Beklagten, die Kaufpreisfälligkeit könne erst mit der Auflassungserklärung eintreten, vermag der Senat nicht zu folgen.

Richtig ist, daß in der notariellen Urkunde des Erstkaufvertrages zwischen den damaligen Vertragspartnern der Eigentumsübergang vereinbart worden ist, und diese Einigung über die Auflassung, da die Beklagte mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes nur in den schuldrechtlichen Teil des Vertrages eingetreten ist, nicht zu ihren Gunsten wirkt. Dies rechtfertigt aber nicht eine Anpassung des neu zwischen den Parteien zustande gekommenen Kaufvertrages dahingehend, daß die Auflassung als eine vorweg vom Verkäufer zu erbringende Leistung bzw. auch als eine Fälligkeitsvoraussetzung anzusehen wäre. Für die Behauptung der Beklagten, die Tatsache der gleichzeitigen Einigung über den Eigentumsübergang, wie sie unter Ziff. III der Urkunde festgehalten ist, sei eine Voraussetzung für die getroffenen Regelungen über die Fälligkeit des Kaufpreises gewesen,

findet sich kein Anhaltspunkt. Ihr stünde auch grundsätzlich das sog. Abstraktionsprinzip entgegen, d. h. die rechtliche Unabhängigkeit des Kaufvertrages als Verpflichtungsgeschäft von der Auflassung als Erfüllungsgeschäft.

Daß wegen der fehlenden Bindungswirkung des § 873 Abs. 2 BGB die Beklagte im Vergleich zum Erstkäufer eine rechtlich schwächere Position hat und die Auflassung nötigenfalls erst gerichtlich durchsetzen müßte, rechtfertigt nicht eine sinntensprechende Anpassung der Fälligkeitsregelung dergestalt, daß die Kaufpreisfälligkeit erst mit der Auflassungserklärung eintreten konnte. Denn diese Schlechterstellung ist rein formalrechtlicher Natur und in der Praxis ohne Auswirkung, da sich der Verkäufer nicht einem für ihn von vorneherein aussichtslosen Prozeß und drohenden Schadensersatzansprüchen aussetzen wird. Die von der Beklagten angeführte Schlechterstellung hat damit nur eine rein theoretische Bedeutung. Zudem hätte es die Beklagte, würde man ihrer Auffassung folgen, in der Hand, die Kaufpreisfälligkeit durch Verzögerung der Einigung über die Eigentumsübertragung hinauszuschieben, wogegen sich der Verkäufer nur im Rahmen des § 162 BGB zur Wehr setzen könnte.

Aus dem oben angeführten folgt auch, daß das Argument der Beklagten, ihr stehe die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 Abs. 1 BGB zu, sodaß ein Zahlungsverzug ausgeschlossen sei (vgl. BGHZ 116, 245, 249 [= MittBayNot 1992, 123 = DNotZ 1993, 381]), nicht durchgreifen kann. Denn wie die Fälligkeitsvereinbarung zeigt, bestand diese Verknüpfung der gegenseitigen Leistungspflichten für die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung gerade nicht. Deren Fälligkeit sollte lediglich von der Eintragung der Auflassungsvormerkung und dem Vorliegen der weiteren in der Notarmitteilung genannten Voraussetzung abhängen.

Im übrigen würde eine sinntensprechende Anpassung der Fälligkeitsvereinbarung wie die Beklagte sie fordert, ihr im vorliegenden Falle keinen Vorteil bringen. Bei einer sinntensprechenden Anpassung dergestalt, daß die Fälligkeit des Kaufpreises erst mit der Auflassungserklärung eintritt, bestünde kein ersichtlicher Grund dafür, in diesem Falle ebenfalls noch die 14-Tagesfrist der ursprünglichen Fälligkeitsvereinbarung aufrechtzuerhalten, sodaß im vorliegenden Falle Fälligkeitszinsen bereits ab 16.5.1991 angefallen wären.

4. Die erforderliche sinntensprechende Anpassung (BGH NJW 1983, 682 [= DNotZ 1983, 302]; NJW 1989, 37) der ursprünglichen Fälligkeitsvereinbarung an den neuen Vertrag mit der vorkaufsberechtigten Beklagten führt vielmehr dazu, daß wie im Erstkaufvertrag an die Notarmitteilung über das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen anzuknüpfen ist. Denn die Bestimmung, daß das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen dem Schuldner vom Notar mitgeteilt wird, ist eine Konsequenz der mit seinem Auftrag übernommenen Überprüfungspflicht — und gegebenenfalls Haftung — und dient dem Interesse des Schuldners, der auf diese Weise von der Notwendigkeit einer laufenden Kontrolle entlastet werden soll. Auch wenn die Beklagte im vorliegenden Falle die Eintragung der Auflassungsvormerkung selbst betrieben und die Mitteilung des Grundbuchamtes über deren Eintragung selbst erhalten hatte, dient es daher ihrem legitimen Schutz- und Haftungsinteresse, auf die Notarmitteilung über den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen abzustellen, zumal die Mitteilung des Grund-

buchamt nicht ersichtlich macht, ob nicht inzwischen in Abteilung III des Grundbuches Eintragungen erfolgten. Aus diesem erwähnten Schutz- und Haftungsinteresse folgt auch, daß die Beklagte nicht darauf verwiesen werden kann, selbst beim Grundbuchamt Erkundigungen über eventuelle Eintragungen in Abteilung III einzuholen, und daß ein Abstellen der Beklagten auf die Notarmitteilung nicht als reine „Förmelei“ bezeichnet werden kann.

5. Der Beklagten ist für die Zahlung des Kaufpreises auch der gleiche Zeitraum von 14 Tagen wie im Erstvertrag einzuräumen. Die Einräumung einer kürzeren Zahlungsfrist im Rahmen einer sinnentsprechenden Anpassung der Fälligkeitsvereinbarung kann nicht aus der Überlegung gefolgert werden, die Beklagte habe sich ab ihrer Entschließung, das Vorkaufsrecht auszuüben, auf die Bereitstellung des Kaufpreises einrichten können. Denn diese Überlegung träfe auch auf den Erstkäufer zu, der — zumal bei bereits erklärter Auflassung — in der Regel davon ausgehen kann, daß seinem Grundstückserwerb nichts mehr im Wege steht und der deshalb ebenfalls in dem Zeitraum bis zur Notarmitteilung Vorbereitungen zur Bereitstellung des Kaufpreises treffen könnte.

Die Einräumung einer 14-tägigen Zahlungsfrist ab Zugang der Notarmitteilung trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, daß es der Billigkeit entspricht, dem Schuldner für die Zahlung einer hohen Kaufpreissumme einen gewissen Zeitraum ab Eintritt sämtlicher Fälligkeitsvoraussetzungen zuzubilligen, wobei gesetzliche Feiertage, Wochenende und die normale Banklaufzeit für Bereitstellung und Geldüberweisung auch bei normaler Abwicklung eine 14tägige Zahlungsfrist als angemessen erscheinen lassen.

6. Nachdem die Notarmitteilung bei der Beklagten am 8. 5. 1991 einging, folgt hieraus, daß der Kläger Fälligkeitszinsen lediglich für den 23. und 24. 5. 1991 verlangen kann.

Die Revision war nicht zuzulassen. Das Urteil weicht weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes ab, noch hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 546 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Anmerkung:

1. Die vielfältigen Probleme, die sich aus der Vorschrift des § 505 Abs. 2 BGB ergeben, sind bisher kaum erörtert worden. Die h. M. (vgl. nur RGZ 121, 137/139; BGHZ 98, 188/191 sowie *Planck*, BGB 1./2. Aufl., § 505 Anm. 2 und *Jauernig/Vollkommer*, BGB, 6. Aufl., § 505 Anm. 2 a, aa) versteht diese Norm dergestalt, daß durch die wirksame Ausübung des Vorkaufsrechtes gegenüber dem Verpflichteten zwischen den Parteien des Vorkaufs ein gegenüber dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag rechtlich selbständiges Kaufvertragsverhältnis zustandekommt. Der Inhalt des neuen Vertrages ist grundsätzlich der gleiche wie der Inhalt des bereits geschlossenen Vertrages im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechtes (*Erman/Weitnauer*, BGB, 8. Aufl., § 505 Rdnr. 3). Er kann mit ihm aber nicht identisch sein. Ausnahmen sehen deshalb bereits die §§ 506, 507 und 509 BGB vor.

2. Beim Grundstückskauf schuldet der Verkäufer die Übergabe und Eigentumsverschaffung. Letztere bedeutet nicht Eigentumsübergang; der Verkäufer hat nur die Handlungen zu erbringen, die seinerseits dazu erforderlich sind, insbesondere die notwendigen Erklärungen gegenüber dem

Grundbuchamt abzugeben und behördliche Genehmigungen zu beschaffen (*Palandt/Putzo*, 53. Aufl., § 433 Rdnr. 10 und § 454 Rdnr. 4). Der Käufer ist demgegenüber verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen (§ 433 Abs. 2 BGB). Da es sich um eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptpflicht des Käufers handelt, ist der Kaufpreis grundsätzlich Zug um Zug gegen die vorbeschriebene Leistung des Verkäufers zu zahlen, §§ 320 Abs. 1, 322 BGB (vgl. *Larenz*, SchR II/1, 13. Aufl., § 42 I a). Um den Verkäufer und den Käufer zu sichern, hat die Vertragspraxis zahlreiche Sicherungsmöglichkeiten entwickelt (vgl. nur *Weirich*, Grundstücksrecht, 2. Aufl., Rdnrn. 89 ff.); häufig praktiziert wird die Sicherung durch eine Zurückstellung der Eigentumsumschreibung bis zur Kaufpreiszahlung, die ihrerseits erst nach Eintragung einer Eigentumsvormerkung und Vollzugsreife eintritt.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) läßt die Fälligkeit des Anspruchs unberührt (s. nur *Palandt/Heinrichs*, § 320 Rdnr. 5). Dagegen können vertragliche Regelungen der Fälligkeit des Kaufpreises Stundungsvereinbarungen beinhalten. Aufgrund der Spezialvorschrift des § 509 Abs. 1 BGB kann der Vorkaufsberechtigte, sofern nicht eine Kaufpreishypothek oder eine Schuldübernahme vereinbart ist (§ 509 Abs. 2 BGB), diese Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet. Tut er dies nicht, so hat er Zug um Zug zu erfüllen (s. statt vieler *BGB-RGRK/Mezger*, 12. Aufl., § 509 Anm.).

3. Diese eindeutigen dogmatischen Grundlagen hat das OLG München nicht beachtet.

a) Soll durch die Vorschrift des § 505 Abs. 2 BGB gesichert werden, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes weder der Berechtigte noch der Verpflichtete schlechter gestellt wird, als wenn der Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abredem. durchgeführt worden wäre (so *MünchKomm/Westermann*, 2. Aufl., § 505 Rdnr. 1), so liegt es ohnehin nahe, auf den gesamten Inhalt des den das Vorkaufsrecht auslösenden Vertrag abzustellen. Andernfalls liefe der vorgenannte Schutzzweck der Norm leer. Das im BGB durchgeführte Prinzip der Trennung von Kaufvertrag und abstraktem dinglichen Rechtsgeschäft, das sich durch eine Fehlinterpretation der römisch-rechtlichen Quellen erst im 19. Jahrhundert durchgesetzt hat, setzt zudem gerade voraus, daß das schuldrechtliche Rechtsgeschäft Regelungen über den dinglichen Vollzug enthält. Wurde in den Erstkauf die Auflassung aufgenommen, so hat dies nicht nur „praktische Vorteile“, wie das LG München I in seiner erstinstanzlichen Entscheidung vom 9. 12. 1992 — 9 O 11180/92, Seite 11 gemeint hat, sondern beinhaltet eine Regelung darüber, wann der Verkäufer die Auflassung zu erklären hat; wie umgekehrt die Bestimmungen über die Kaufpreisfälligkeit ebenfalls den Zeitpunkt einer Erfüllungshandlung, nämlich der Übereignung des Geldes betreffen. Das Abstraktionsprinzip ist überdies den meisten ausländischen Rechten fremd, die aber dennoch das Vorkaufsrecht kennen.

b) Auch wenn man mit *Mayer-Maly* (*Staudinger*, BGB, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 10) in § 505 Abs. 2 BGB eine technische Regel zur Gewinnung eines sinnvollen Vertragsinhaltes für den durch die Vorkaufserklärung zustande gebrachten Kauf sieht, gelangt man zu keinem abweichenden Ergebnis. Die Fälligkeitsbestimmungen des ersten Kaufvertrages sind in diesem Fall für den neuen Kauf

in sinngemäßer Weise anzupassen (so *Soergel/Huber*, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 16). Um beiden Parteien die Sicherheit des Erstvertrages beim Grundstückskauf zu erhalten, hat die Zug-um-Zug-Leistung entsprechend den Vereinbarungen des Erstvertrages zu erfolgen. Aus dem Gesetz folgt bereits, daß der Vorkaufsberechtigte wegen seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung nicht in Verzug kommt, solange nicht der Verkäufer seine Verpflichtungen erfüllt hat. Zu diesen gehört (vgl. oben Ziff. 2) insbesondere die Pflicht zur Erklärung der Einigung über den Eigentumsübergang (so bereits *Grziwotz*, MittBayNot 1992, 173/176). Anders kann dies nur sein, wenn auch im Erstkauf vereinbart war, daß die Auflassung erst nach Kaufpreiszahlung erklärt wird. Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus § 28 Abs. 3 Satz 3 und 4 BauGB beim sog. preislimitierten Vorkaufsrecht der Gemeinden. Die Eintragung des Eigentumsübergangs erfolgt dort auf Ersuchen der Gemeinde, das die Bewilligung des bisherigen Eigentümers ersetzt. Nach dem gesetzlichen Modell ist deshalb eine Mitwirkung des bisherigen Eigentümers bei der dinglichen Rechtsänderung nicht erforderlich (vgl. nur *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 14). Ist die vorkaufsberechtigte Gemeinde sonach auf die Mitwirkung des Verkäufers zur Eigentumsumschreibung nicht angewiesen, entfällt dessen Leistungspflicht, so daß auch ein „Zurückbehaltungsrecht“ hinsichtlich des Kaufpreises nicht in Betracht kommt (s. ausführlich zum gemeindlichen Vorkaufsrecht *Grziwotz*, NVwZ, erscheint demnächst).

4. Zutreffend ist dagegen die Ansicht des OLG München, daß die Mitteilung des Notars, wenn diese im Erstvertrag vorgesehen war, auch für den zweiten Vertrag von Bedeutung ist. Zuständig ist der den Erstvertrag beurkundende Notar. Damit er die entsprechende Mitteilung machen kann, ist allerdings Voraussetzung, daß ihm die Ausübung des Vorkaufsrechtes angezeigt wurde und ihm die übrigen zum Eintritt der Fälligkeit erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Dies sind entsprechend den regelmäßigen Vereinbarungen im Erstkaufvertrag bei einem privaten Vorkaufsrecht außer der Lastenfreistellung auch die für den Zweitkauf neu erforderlichen Genehmigungen und Negativbescheinigungen hinsichtlich gesetzlicher Vorkaufsrechte. Soweit bereits kraft Gesetzes eine notarielle Vollmacht zur Einholung entsprechender Erklärungen besteht (z. B. § 3 Abs. 2 Satz 2 GrdstVG), gilt diese Bevollmächtigung auch für den Zweitkauf. Besteht, wie z. B. beim gemeindlichen Vorkaufsrecht keine gesetzliche Vollmacht zugunsten des beurkundenden Notars (vgl. *Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 50; unzutreffend *Finkelnburg/Orloff*, Öffentliches Baurecht I, S. 180), so ist bereits fraglich, ob die vom Erstkäufer erteilte Vollmacht infolge der Ausübung des Vorkaufsrechtes auch auf den Vorkaufsberechtigten übergeht. Jedenfalls kann der Notar seine (wohl nicht vorliegende) Bevollmächtigung durch den Vorkaufsberechtigten nicht nachweisen. Er kann deshalb die entsprechenden Erklärungen nur im Namen des Verkäufers einholen.

Fraglich ist, ob den Notar, der den Erstkaufvertrag beurkundet hat, eine Verpflichtung zur Einholung der vorstehend näher bezeichneten Bescheinigungen und zur Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit voraussetzungen trifft. Der durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustandekommende Kaufvertrag wird nämlich nicht vor dem den Erstkauf beurkundenden Notar geschlossen, sondern kommt kraft Gesetzes durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande. Der den Erstkauf beurkundende Notar wirkt an

diesem Rechtsgeschäft nicht mit; § 53 BeurkG findet keine Anwendung (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiw. Gerichtsbarkeit, Teil B, 12. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 4 ff.).

Teilt der den Erstkaufvertrag beurkundende Notar die Kaufpreisfälligkeit mit, so erhält er hierfür eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Diese fällt nur dann nochmals an, wenn der Notar beim Erstvertrag bereits eine diesbezügliche Erklärung gegenüber den Vertragsbeteiligten abgegeben und hierfür seine Haftung übernommen hatte; dies ist nur dann möglich, wenn die Vorkaufsrechtsausübung selbst nicht zu den vom Notar zu prüfenden Fälligkeitsvoraussetzungen gehört hat. Die Vollzugsgebühr gem. § 146 KostO fällt in jedem Falle nochmals an, wenn für den Zweitvertrag Genehmigungen bzw. Negativbescheinigungen einzuholen waren.

5. Angesichts der oben nur skizzierten Probleme werden diese noch mehrfach die Gerichte beschäftigen.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

6. BGB §§ 535 ff., 571, 446, 398, 409 (*Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten bei vermietetem Grundstück*)

Vor der Eigentumsumschreibung im Grundbuch schuldet der Mieter dem veräußernden Vermieter weiterhin den Mietzins, es sei denn, der Veräußerer hatte seine Mietzinsansprüche bereits an den Erwerber abgetreten. Allerdings beinhaltet die Abrede in einem notariell beurkundeten Kaufvertrag, daß Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr zu einem bestimmten Zeitpunkt auf den Erwerber übergehen sollen, regelmäßig keine Abtretung der Mietzinsansprüche.

Urteil des OLG Düsseldorf vom 29. 4. 1993 — 10 U 155/92 —

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Landgericht hat — jedenfalls im Ergebnis — zu Recht den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch gegen den Beklagten auf Hinterlegung der Mietzinsen für die Monate Januar 1990 bis einschließlich Januar 1991 zuzüglich der geforderten Zinsen als unbegründet erachtet. Die Berufung, mit der die Klägerin den Klageanspruch in Höhe der Mietzinsbeträge für die Monate Februar und März 1991 erhöht hat, bleibt ohne Erfolg.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Zwar hat sie durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 28. 4. 1989 das Grundstück, auf dem auch das Mietobjekt gelegen ist, gekauft. Sie ist jedoch nicht gem. § 571 BGB in den Mietvertrag zwischen dem Veräußerer und dem Beklagten eingetreten. Denn § 571 BGB setzt die Eigentumsumschreibung im Grundbuch voraus. Diese ist nicht erfolgt. Zugunsten der Klägerin war seinerzeit lediglich eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden, die weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 571 BGB begründet. Ihrem eigenen Vorbringen zufolge unterblieb ihre Zwischeneintragung als Eigentümerin, weil sie alsbald das Grundstück an die S. GmbH weiterveräußert hatte.

Ist folglich die Klägerin nicht kraft Gesetzes in das Mietverhältnis mit dem Beklagten eingetreten, so stellt sich die Frage, ob gemäß Ziffer 6 des notariell beurkundeten Kaufvertrags vom 28. 4. 1989 der Klägerin für den geltend gemachten Zeitraum von Januar 1990 an bis März 1991 einschließlich Mietzinsansprüche gegen den Beklagten zu-

stehen, so daß sie auch die Hinterlegung dieser Beträge zugunsten der Pfandgläubiger verlangen könnte. Diese Frage ist zu verneinen.

In Ziffer 6 Abs. 1 des Kaufvertrages heißt es, daß Besitz und Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Käufer am Tage vollständiger, auflagenfreier Kaufpreiszahlung übergehen. Der Termin, den der Veräußerer und der Erwerber als maßgeblich für den Übergang der Nutzungen festlegen, oder die Übergabe des Grundstücks sind allerdings für den Zeitpunkt des Übergangs der Rechten und Pflichten aus dem Mietverhältnis ohne Bedeutung. Zwar stehen nach § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Käufer von der Übergabe der Sache an die Nutzungen i. S. des § 100 BGB zu. Diese Bestimmung betrifft aber nur das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, wie bereits der Gesetzeswortlaut „von der Übergabe an *gebühren* dem Käufer die Nutzungen . . .“ ergibt. Erlangt der Erwerber vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch den Besitz des Mietgrundstücks, so bleibt gleichwohl der Veräußerer noch Vermieter; der Mieter schuldet ihm weiterhin den Mietzins. Etwas anderes gilt nur, wenn der frühere Eigentümer seine Ansprüche gegen den Mieter an den Erwerber abtritt. Eine solche Abtretung ist aber nun nicht schon in der Vereinbarung über die Übergabe des Grundstücks und den Übergang von Besitz und Nutzungen enthalten (vgl. Senat in ZMR 1993, 15 f. = DWW 1993, 76; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. Aufl., Rdnr. 371). Damit läßt sich aus Ziffer 6 Abs. 1 des Kaufvertrages, der den Besitz- und Nutzungsübergang regelt, eine Abtretung nicht herleiten. Zwar hat der Senat in der vorgenannten Entscheidung die Frage, ob in der Vereinbarung über den Nutzungsübergang in einem notariellen Grundstückskaufvertrag auch die Abtretung von Mietzinsansprüchen des Veräußerers an den Erwerber liegen könne, bejaht. Insoweit handelte es sich jedoch um einen besonders gelagerten Einzelfall, bei dem den einzelnen Formulierungen und dem Umstand, daß der Schuldner (Mieter) in den Grundstückskaufvertrag miteinbezogen und bei dem Notartermin anwesend war, ausschlaggebende Bedeutung zukam.

Die Bestimmung in Ziffer 6 Abs. 2, in der es heißt, der Käufer trete zu diesem Zeitpunkt in alle sich aus der Eigentümergeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten ein, betrifft ersichtlich nicht die bestehenden Mietverhältnisse, hat folglich auch keine Abtretung der Mietzinsansprüche des Veräußerers gegen den Beklagten zum Inhalt. Auch aus Abs. 3 in Ziffer 6 läßt sich eine Abtretung dieser Ansprüche nicht herleiten. Dort heißt es lediglich: „Miet- und Pachtverhältnisse sind bekannt und werden übernommen.“ Auffällig ist, daß in diesem Absatz eine zeitliche Festlegung für die „Übernahme“ fehlt. Im übrigen spricht manches dafür, daß bei der gewählten Formulierung lediglich zwischen Veräußerer und Erwerber ausdrücklich klar gestellt werden sollte, daß es bei den Rechtsfolgen des § 571 BGB, die durch Individualvereinbarung abbedungen werden können, für den Fall der Eigentumsumschreibung verbleiben sollte. Daneben mag der Bestimmung alsdann noch der Erklärungswert beigemessen werden, daß hierdurch auch geregelt werden sollte, wem im Innenverhältnis die Mietzinsansprüche letztlich zustehen sollten. Schließlich heißt es in Ziffer 6 Abs. 4 des Kaufvertrages, der Notar habe darüber belehrt, daß der Vertrag erst mit Zustimmung des Verwalters (der Wohnungseigentumsanlage) wirksam werde. Ob diese von den Kaufvertragsparteien für erforder-

lich gehaltene Zustimmung des Verwalters erfolgt ist und welche Bedeutung ihr die Kaufvertragsparteien im Hinblick auf die Frage, wem von ihnen ab welchem Zeitpunkt im Innenverhältnis die Mietzinsen gebühren, ist offen. Führt man sich dies alles vor Augen, so läßt sich aus diesen Bestimmungen in Ziffer 6 des Kaufvertrages, und zwar sowohl in ihrer Gesamtheit als auch in ihren einzelnen Absätzen, lediglich eine Regelung des Innenverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber erblicken, nicht aber eine Abtretung von Mietzinsansprüchen, die im Zeitpunkt der vollen Kaufpreiszahlung gegenüber dem Mieter hätte wirksam werden sollen.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf § 409 Abs. 1 BGB berufen. Denn einmal stammt das Schreiben vom 3. 1. 1990, durch das der Beklagte aufgefordert wurde, fortan den Mietzins an die Klägerin zu entrichten, nicht, wie § 409 BGB voraussetzt, von dem alten Gläubiger, sondern von der Klägerin. Im übrigen geht der Regelungsgehalt von § 409 BGB bei Anzeige einer tatsächlich nicht oder nicht wirksam erfolgten Abtretung dahin, den Schuldner vor doppelter Inanspruchnahme zu schützen, wenn er an den nur scheinbar berechtigten Zessionar zahlt; hingegen hat der Scheinberechtigte kein Forderungsrecht (so bereits RGZ 93, 75).

7. BGB §§ 873 Abs. 1, 874, 1018; GBO §§ 19, 22 (*Berichtigung des Grundbuchs bei versehentlicher Falscheintragung*)

- 1. Wenn der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte durch die Angabe der Parzellnummer des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eindeutig bezeichnet ist, kommt eine abweichende Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung und der tatsächlichen Verhältnisse nicht in Betracht.**
- 2. Eine dem Grundbuchamt bei Eintragung der Grunddienstbarkeit unterlaufene Verwechslung des herrschenden Grundstücks kann jedenfalls nach Veräußerung des dienenden Grundstücks nicht von Amts wegen richtiggestellt werden.**

BGH, Beschluß vom 23. 9. 1993 — V ZB 27/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH und Notar *Engelhardt*, Augsburg

Aus dem Tatbestand:

I. Die Beteiligten sind Eigentümer des Grundstücks Flst. 1. Sie waren auch Eigentümer des angrenzenden Grundstücks Flst. 1/1. Eine Teilfläche dieses Grundstücks verkauften sie an eine Baugtraggesellschaft. In gleicher Urkunde bestellte die Käuferin an der Teilfläche zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flst. 1 zwei Grunddienstbarkeiten und bewilligte deren Eintragung in das Grundbuch. Aufgrund Auflassungserklärung vom 18. 7. 1989 wurde jene Teilfläche am 28. 8. 1989 als Grundstück Flst. 1/4 für die Käuferin in das Grundbuch eingetragen.

Das den Beteiligten — den Verkäufern — verbliebene Restgrundstück wurde als Flurstück 1/1 voreingetragen. Zu Lasten des Kaufgrundstücks Flst. 1/4 wurden die beiden Dienstbarkeiten gemäß der erteilten Bewilligung eingetragen. Infolge versehentlich falscher Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Eintragungsantrag als Flst. 1/1 (statt als Flst. 1) unterließ jedoch dem Grundbuchamt der gleiche Fehler bei der Eintragung, indem es entgegen der Eintragungsbewilligung die eine Dienstbarkeit (Geh-, Fahr- und Kraftfahrzeugabstellrecht) zugunsten des jeweiligen Eigentümers von „Nr. 12 in Bd. . . . Bl. . . . (Flst. 1/1)“ — also des Restgrundstücks Flst. 1/1 — und die andere Dienstbarkeit (Gaststättenvertriebsverbot) zugunsten des jeweiligen Eigentümers von „Nr. 1 in Bd. . . . Bl. . . . (Flst. 1/1)“ — und damit des ursprünglichen ganzen Grundstücks Flst. 1/1 — eintrug.

Die so belastete Parzelle 1/4 wurde später weiterveräußert. Der Erwerber wurde am 2. 5. 1990 in das Grundbuch eingetragen. Er begründete an der Parzelle Wohnungseigentum. Die künftigen Wohnungseigentümer, von denen zumindest einige bereits als Erwerber eingetragen sind, sind durch Auflassungsvormerkungen gesichert. Auch Grundpfandrechte sind inzwischen eingetragen. Die Wohnungseigentumsrechte sind mit den beiden Grunddienstbarkeiten ebenso belastet, wie diese ursprünglich eingetragen worden sind.

Die Beteiligten haben beantragt, das Grundbuch dahin zu berichtigen, daß als Berechtigter der Grunddienstbarkeiten der jeweilige Eigentümer des Flurstücks 1 eingetragen wird. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Erinnerung und Beschwerde sind erfolglos geblieben. Die weitere Beschwerde möchte das Bayerische Oberste Landesgericht zurückweisen. Daran sieht es sich aber durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. 5. 1987 — 3 Wx 496/83 = Rpfleger 1987, 496 [= DNotZ 1988, 122] gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist gem. § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, das Grundbuch könne nicht von Amts wegen dahin richtiggestellt werden, daß die versehentlich unrichtige Bezeichnung des herrschenden Grundstücks als Flst. 1/1 durch Eintragung der richtigen Parzellennummer 1 ersetzt wird. Eine Richtigstellung anhand der Eintragungsbewilligung setze voraus, daß die Identität des eingetragenen Berechtigten der Grunddienstbarkeiten unverändert bleibe. Das sei aber nicht der Fall, weil hier der Berechtigte aus der bei den Dienstbarkeiten eingetragenen Nummer des begünstigten Flurstücks eindeutig hervorgehe. Die Unrichtigkeit dieser von der Bewilligung abweichenden Eintragung könne daher nur auf Antrag gem. §§ 13, 22 GBO und dann lediglich durch Löschung der Dienstbarkeiten behoben werden, nicht hingegen durch Korrektur der Parzellennummer; denn für den Eigentümer des in der Eintragungsbewilligung bezeichneten Grundstücks sei eine Dienstbarkeit mangels der nach § 873 Abs. 1 BGB erforderlichen Eintragung noch nicht entstanden.

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem angeführten Beschluß vom 26. 5. 1987 (Rpfleger 1987, 496 [= DNotZ 1988, 122]) den Standpunkt vertreten, eine versehentlich falsche Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Text der Eintragung dürfe von Amts wegen berichtigt werden, wenn die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung in Verbindung mit den jedermann erkennbaren tatsächlichen Verhältnissen zweifelsfrei ergebe, daß die Grunddienstbarkeit zugunsten eines bestimmten anderen Grundstücks verlaubar werden sollte. Dann bringe die Berichtigung nur das zum Ausdruck, was aufgrund der Eintragungsbewilligung von vornherein Grundbuchinhalt geworden sei.

Die beiden Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, ob eine dem Grundbuchamt unterlaufene Verwechslung des herrschenden Grundstücks — sei es infolge eines Schreibfehlers (so im Falle des OLG Düsseldorf) oder eines sonstigen Versehens (wie im vorliegenden Fall) durch Heranziehung der Eintragungsbewilligung ihr entsprechend richtiggestellt werden kann. Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf als erheblich auch angesehen hat, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen — der örtlichen Lage des eingetragenen herrschenden Grundstücks — die Unrichtigkeit der Bezeichnung für jedermann erkennbar

sei, war nicht allein dieser Umstand, sondern der Inhalt der Eintragungsbewilligung ausschlaggebend für die Entscheidung, wie ihrer Begründung zu entnehmen ist. Daher rechtfertigt sich die Vorlage, wenngleich die Divergenz letztlich auf eine unterschiedliche Auslegung materiell-rechtlicher Vorschriften (der §§ 873 Abs. 1, 874, 133, 157 BGB) zurückzuführen ist; denn das Grundbuchrecht betreffende Vorschriften im Sinne des § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO sind alle sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die das Grundbuchamt angewendet oder zu Unrecht nicht angewendet hat, sofern sie — wie hier — auf bundesgesetzlicher Regelung beruhen (BGHZ 3, 114, 141; 19, 355, 356; Senatsbeschl. v. 1. 12. 1988, V ZB 10/88, WM 1989, 220 — insoweit in BGHZ 106, 108 nicht abgedruckt [= MittBayNot 1989, 87 = DNotZ 1990, 289]).

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO). Sie hat aber keinen Erfolg.

1. Eine Berichtigung des Grundbuchs läßt § 22 Abs. 1 GBO zwar auch ohne die nach § 19 GBO sonst nötige Bewilligung des Betroffenen zu, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Diese Vorschrift würde hier jedoch, was indes nicht beantragt ist, nur die Löschung der versehentlich zugunsten des Flurstücks 1/1 eingetragenen Grunddienstbarkeiten ermöglichen, nicht hingegen deren beantragte Umschreibung zugunsten des Flurstücks 1. Denn § 22 GBO steht im Zusammenhang mit § 894 BGB. Hiernach kann Einwilligung in die Grundbuchberichtigung von dem davon Betroffenen nur verlangt werden, wenn und soweit das Grundbuch nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Diese Voraussetzung gilt auch für § 22 GBO, weil die darin enthaltene Regelung, daß anstelle der Berichtigungsbewilligung der Nachweis der Unrichtigkeit ausreicht, lediglich eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs bezweckt (Denkschrift zu § 21 des Entwurfs zur GBO, bei *Mugdan*, Materialien zu den Reichsgesetzen, Bd. 5 S. 159). Somit kann auch auf diesem Wege nur eine Berichtigung herbeigeführt werden, die der wahren Rechtslage entspricht. Die dingliche Lage ist hier jedoch die, daß zwar dem als Berechtigten der Grunddienstbarkeiten eingetragenen jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 1/1 diese Rechte mangels Einigung nicht zustehen und deshalb auf Antrag gelöscht werden könnten, daß aber die zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 1 erklärte Einigung nicht im Grundbuch vollzogen ist und daher die Dienstbarkeiten noch nicht zugunsten dieses Flurstücks entstanden sind. Denn nach § 873 Abs. 1 BGB tritt die dingliche Rechtsänderung nur ein, wenn eine wirksame Einigung und eine wirksame Eintragung inhaltlich übereinstimmen (BGH, Urt. v. 28. 2. 1952, IV ZR 86/51, NJW 1952, 622; *Staudinger/Ertl*, BGB, 12. Aufl., § 873 Rdnr. 182).

2. Zu Recht hält das vorliegende Gericht für unbeachtlich, daß die Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug nimmt und daß diese sich mit der Einigung deckt. Die Bezugnahme ist nach § 874 BGB nur zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhalts zulässig. Daher muß die Person des Berechtigten aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein (RGZ 89, 152, 159; *Erman/Hagen*, BGB, 9. Aufl., § 874 Rdnr. 2; *Staudinger/Ertl*, a. a. O., § 873 Rdnr. 164). Zwar mag die Eintragungsbewilligung zur Auslegung einer bloß ungenauen oder sonstwie unklaren Bezeichnung herangezogen werden können (a. M. BayObLGZ 1984, 239, 243 [= MittBayNot 1985, 28 = DNotZ 1985, 424]), so daß dann das Grundbuchamt von Amts wegen die Eintragung

entsprechend klarzustellen hätte (KGJ 27 A 244, 248). Ist jedoch der Berechtigte im Grundbuch eindeutig bezeichnet, so ist für eine Auslegung kein Raum (RG, LZ 1928, 891 und DNotZ 1932, 721, 722). Dies verkennt das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem Beschluß vom 26. 5. 1987 (Rpfler 1987, 496 [= DNotZ 1988, 122]). Denn gerade weil der Berechtigte aus der Eintragung unmittelbar hervorgehen muß, besteht jedenfalls bei unzweideutiger Verlautbarung kein Anlaß für den Rechtsverkehr, anhand der Eintragungsbewilligung zu prüfen, ob die Eintragung damit übereinstimmt. Von Bedeutung ist auch nicht, daß Berechtigter einer Grunddienstbarkeit nicht ein namentlich bestimmter, sondern der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist (§ 1018 BGB), und daß deswegen der Berechtigte durch Bezeichnung dieses Grundstücks eingetragen wird. Denn wenn dies, wie hier, in eindeutiger Form geschehen ist, so ist der Berechtigte der Grunddienstbarkeit unzweideutig bezeichnet.

3. Allerdings kann bei einer Grunddienstbarkeit schon der eingetragene Gegenstand dieses Rechts in Verbindung mit der Lage des dienenden Grundstücks darauf hinweisen, daß an sich nur ein ganz bestimmtes Grundstück als herrschendes Grundstück in Betracht kommt. Daraus wird vereinzelt gefolgert, daß eine wirksame Grundbucheintragung des Berechtigten auch dann vorliege, wenn er sich zwar nicht aus der Eintragung ergibt, die jedermann erkennbare Lage des dienenden Grundstücks aber deutlich mache, auf welches Grundstück sich der Vorteil der Grunddienstbarkeit nach Art der eingetragenen Berechtigung erstreckt (OLG Frankfurt, Rpfler 1980, 185, 186; *Haegel/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1123; Münch-Komm-BGB/*Falckenberg*, 2. Aufl., § 1018 Rdnr. 22). Ob dies mit dem dargelegten Erfordernis der Eintragung des Berechtigten vereinbar ist, kann unentschieden bleiben. Jedenfalls dann, wenn der Wortlaut der Eintragung den Rechtsinhaber eindeutig ausweist, greifen gegen eine davon abweichende, auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellende Auslegung die gleichen Bedenken durch, die einer Heranziehung der Eintragungsbewilligung entgegenstehen. Deshalb brauchten die Vorinstanzen nicht zu erwägen, ob hier etwa — worauf auch der Vorlagebeschluß nicht eingeht — die örtliche Lage des dienenden Grundstücks erkennen ließ, daß der Gegenstand der Grunddienstbarkeiten nicht dem als begünstigt eingetragenen Flurstück 1/1, sondern lediglich dem Flurstück 1 einen Vorteil bringen würde.

4. Allein der Umstand, daß nach dem Vortrag der Beteiligten bisher ein gutgläubiger Erwerb aufgrund der unrichtigen Eintragung nicht stattgefunden hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar wird die Auffassung vertreten, daß eine Richtigstellung von Amts wegen in denjenigen Fällen statthaft sei, in denen die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß infolge fehlerhafter Eintragung Rechte kraft guten Glaubens entstanden oder erloschen sind und daß daher gerade die Berichtigung das Grundbuch unrichtig macht (OLG Hamburg, DNotZ 1955, 148, 150; *Woerle*, JW 1934, 3172, 3174). So liegen die Dinge hier aber nicht. Aufgrund der zwischenzeitlichen Weiterveräußerung des dienenden Grundstücks und dessen Belastung mit Grundpfandrechten würde die beantragte Änderung der Eintragung das Grundbuch unrichtig machen. Da bislang Grunddienstbarkeiten nicht entstanden sind, bedarf ihre Begründung mit dem Rang vor den inzwischen eingetragenen Grundpfandrechten sachenrechtlich der Mitwirkung der neuen Eigentümer (§ 873 Abs. 1 BGB) und der Grundpfandgläubiger (§ 877

BGB). Die Einigung mit dem früheren Eigentümer des dienenden Grundstücks genügt zur Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht, weil die Verfügungsmacht bis zur Vollendung des Rechtserwerbs und damit bis zur Eintragung vorliegen muß.

8. BGB § 890 Abs. 2; WEG §§ 1, 7; GBO § 6 (*Bestandteilszuschreibung bei Wohnungseigentum*)

Ein Grundstück kann einem Wohnungseigentum als Bestandteil zugeschrieben werden.

BayObLG, Beschluß vom 23. 7. 1993 — 2 Z BR 69/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 70 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Anton Rückerl*, Freising

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte war Alleineigentümerin zweier Grundstücke. Sie teilte das erste Grundstück zu notarieller Urkunde vom 16. 12. 1992 in Wohnungs- und Teileigentum auf. In Teil IV der Urkunde erklärte sie das zweite, kleinere Grundstück zum Bestandteil eines neu gebildeten Wohnungseigentums (Wohnung Nr. V/1) auf dem Grundstück der Wohnanlage.

Die Aufteilung ist inzwischen im Grundbuch vollzogen; die Beteiligte ist nach wie vor Alleineigentümerin der Wohnung Nr. V/1. Ihren Antrag, der Wohnung gemäß Teil IV der Urkunde vom 16. 12. 1992 das genannte Grundstück als Bestandteil zuzuschreiben, hat das Grundbuchamt mit Beschluß vom 25. 3. 1993 zurückgewiesen. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel mit Beschluß vom 13. 5. 1993 zurückgewiesen. Die Beteiligte hat weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet; es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hält es der Senat für zulässig, gem. § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO ein Grundstück einem Wohnungseigentum auf einem anderen Grundstück als Bestandteil zuzuschreiben.

a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, daß das Wohnungseigentum kein grundstücksgleiches Recht ist (so freilich *Staudinger/Gursky* BGB 12. Aufl. § 890 Rdnr. 16; *Merle* Das Wohnungseigentum des Bürgerlichen Rechts S. 162 ff., 179 ff.), auf das wie etwa auf das Erbbaurecht (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbaurechtVO) die für Grundstücke geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden wären. Richtig ist auch, daß Miteigentumsanteile an einem Grundstück nach ganz herrschender Meinung nicht im Wege der Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB) oder der Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) miteinander oder mit Grundstücken verbunden werden können. Denn abgesehen davon, daß Miteigentumsanteile keine grundstücksgleichen Rechte sind (BGB RGRK/*Augustin* 12. Aufl. § 890 Rdnr. 5), verbietet sich die Verbindung schon aus buchungstechnischen Gründen, weil der Anteil nicht auf einem eigenen Grundbuchblatt, in aller Regel auch nicht unter einer eigenen Nummer des Bestandsverzeichnisses gebucht ist. Nach Vereinigung oder Zuschreibung müßte der Anteil dann an zwei Stellen gebucht werden, was mit den Grundsätzen des Grundbuchrechts ganz unvereinbar wäre (vgl. *Staudinger/Gursky* § 890 Rdnr. 14). Vereinigung und Zuschreibung sind freilich auch dann nicht zulässig, wenn der Miteigentums-

anteil gem. § 3 Abs. 3 GBO unter einer eigenen Nummer im Grundbuch eingetragen ist (OLG Hamburg Rpfleger 1966, 79/80; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 2 a bb, *KEHE/Eickmann* Grundbuchrecht 4. Aufl. Rdnr. 10; *Meikel/Böttcher* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 20, jeweils zu § 5; entsprechend die jeweiligen Kommentierungen zu § 6 GBO).

b) Es würde der rechtlichen Ausgestaltung und der wirtschaftlichen Bedeutung des Wohnungseigentums und entsprechend des Teileigentums nicht gerecht, auch hier die Bestandteilszuschreibung abzulehnen; das buchungstechnische Hindernis besteht hier in aller Regel nicht.

(1) Das Wohnungseigentum ist kein grundstücksgleiches Recht, sondern besonders ausgestaltetes Miteigentum am Grundstück. Die Besonderheit besteht vor allem darin, daß mit dem Miteigentum am gemeinschaftlichen Eigentum (§ 1 Abs. 2, Abs. 3 WEG) das Sondereigentum und damit das Alleineigentum an bestimmten Räumen und an nach § 5 Abs. 1 WEG sondereigentumsfähigen Bestandteilen des Gebäudes verbunden ist (vgl. BGHZ 49, 250/251; BGH NJW 1986, 1811 [= MittBayNot 1986, 123 = DNotZ 1987, 26]; BayObLGZ 1988, 1/4 [= MittBayNot 1988, 75]; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. § 1 Rdnr. 3; *Horber/Demharter* Anh. zu § 3 Anm. 1 e; *KEHE/Ertl/Albrecht* Einl. E 5). Zum Teil wird das Wohnungseigentum auch als „neues dingliches Recht eigener Art“ bezeichnet (*Staudinger/Ring* BGB 10./11. Aufl. § 1 WEG Rdnr. 9; *KEHE/Eickmann* Rdnr. 9; *Meikel/Böttcher* Rdnr. 15, jeweils zu § 5), was aber sachlich keinen Unterschied bedeutet. Die Verbindung von Wohnungseigentum mit einem Grundstück wird daher teilweise für zulässig gehalten (ausdrücklich für die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem Wohnungseigentum *Horber/Demharter* § 6 Anm. 2 a; *Bärmann/Pick* WEG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 49 und § 7 Rdnr. 26; für den umgekehrten Fall *Meikel/Böttcher* a. a. O.; *Erman/Hagen* BGB 9. Aufl. § 890 Rdnr. 1; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 2980; für die Zulässigkeit der „Verbindung“ von Grundstück und Wohnungseigentum allgemein MünchKomm/*Wacke* BGB 2. Aufl. § 890 Rdnr. 12; für die Zulässigkeit der Vereinigung *Bengel/Simmerding* Grundbuch-Grundstück-Grenze 3. Aufl. §§ 5, 6 GBO Rdnr. 4). Nach einer anderen Meinung soll die Zuschreibung von Wohnungseigentum zu einem Grundstück oder umgekehrt und die Vereinigung beider nicht zulässig sein (zur Zuschreibung eines Teileigentums zu einem Grundstück OLG Düsseldorf JMBl NRW 1963, 189; *Palandt/Bassenge* BGB 52. Aufl. § 6 WEG Rdnr. 7; *Augustin* WEG Rdnr. 22; *Weitnauer* Rdnr. 25 b, jeweils zu § 3; allgemein für Unzulässigkeit der Verbindung *Staudinger/Gursky* § 890 Rdnr. 16; *Riedel* Rpfleger 1966, 81). Der Senat schließt sich für den hier zu entscheidenden Fall der ersten Meinung an; ein Grundstück kann gem. § 890 Abs. 2 BGB einem Wohnungseigentum, das auf einem anderen Grundstück liegt, als Bestandteil zugeschrieben werden.

(2) Aus materiellrechtlicher Sicht spricht dafür vor allem das Alleineigentum an Räumen und an Teilen des Gebäudes, das mit dem Wohnungseigentum verbunden ist und es wesentlich vom schlichten Miteigentum an einem Grundstück unterscheidet, auch wenn rechtlich der Miteigentumsanteil im Vordergrund steht (BGHZ 49, 250/251). Aus diesem Grunde wird das Wohnungseigentum in verschiedenen Punkten rechtlich anders behandelt als der schlichte Miteigentumsanteil. So kann es wie ein Grundstück grundsätzlich mit einer Dienstbarkeit belastet werden, sofern sich

deren Ausübungsbereich auf das Sondereigentum bezieht (BGHZ 107, 289/292 [= MittBayNot 1989, 272 = DNotZ 1990, 493] m. w. N.; BayObLG MittBayNot 1990, 110/111 [= DNotZ 1990, 496]. Ein schlichter Miteigentumsanteil kann allenfalls mit einer Dienstbarkeit des Inhalts belastet werden, daß die Ausübung eines sich aus dem Eigentum ergebenden Rechts ausgeschlossen ist (§ 1018 Fall 3, § 1090 Abs. 1 BGB; BGHZ 36, 187/189; BayObLG Rpfleger 1972, 442/443 [= MittBayNot 1973, 23]; *Palandt/Bassenge* Rdnr. 26; *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 39 b m. w. N. Fn. 42, jeweils zu § 1018). Eine Grunddienstbarkeit oder ein sonstiges subjektiv-dingliches Recht kann auch zugunsten des jeweiligen Berechtigten eines Wohnungseigentums bestellt werden (BGHZ 107, 289/292 [= MittBayNot 1989, 272 = DNotZ 1990, 493] m. w. N.; BayObLG MittBayNot 1990, 110/111 [= DNotZ 1990, 496]; mit einem schlichten Miteigentumsanteil kann dagegen ein subjektiv-dingliches Recht — mit der umstrittenen Ausnahme eines Vorkaufsrechts für den Fall des Verkaufs der anderen Miteigentumsanteile, vgl. BayObLGZ 1958, 196/201; BayObLG MittBayNot 1982, 177; offengelassen in BGHZ 37, 147/152 ff. — nicht verbunden werden. Das Wohnungseigentum kann auch mehreren Berechtigten nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) zustehen; an einem schlichten Miteigentumsanteil kann es dagegen keine (Unter-)Gemeinschaft nach Bruchteilen geben (vgl. BGHZ 13, 133/141; BayObLGZ 1958, 196/201; KG KGJ 51 A 198; *Soergel/Stürner* vor § 1008 Rdnr. 6). In allen diesen Fällen wird das Wohnungseigentum wie das Eigentum an einem Grundstück und nicht wie ein schlichter Miteigentumsanteil behandelt; dies muß auch für den Anwendungsbereich der § 890 BGB, §§ 5, 6 GBO gelten. Durch die Zuschreibung wird das Grundstück ein nichtwesentlicher Bestandteil des Wohnungseigentums (BGH DNotZ 1978, 156; *Palandt/Bassenge* Rdnr. 6; *Staudinger/Gursky* Rdnr. 30, jeweils zu § 890).

Für die Anwendung von § 890 BGB im Verhältnis von Grundstück und Wohnungseigentum spricht weiter, daß die Veräußerung und die Belastung von Eigentumswohnungen im Rechts- und Geschäftsverkehr die gleiche Bedeutung erlangt haben wie die Veräußerung und Belastung von Grundstücken (vgl. MünchKomm/*Röll* vor § 1 WEG Rdnr. 33). Auch praktische Vorteile wie die Möglichkeit der einheitlichen Belastung können dafür angeführt werden (vgl. *Meikel/Böttcher* §§ 5, 6, jeweils Rdnr. 15), wenn sie auch nicht den Ausschlag geben können. Die räumlichen Verhältnisse sprechen hier nicht stärker gegen eine Verbindung durch Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung als bei weit voneinander entfernt liegenden Grundstücken, bei denen eine derartige Verbindung nach Bundesrecht ohne Einschränkung zulässig ist.

(3) Vereinigung und Bestandteilszuschreibung sollen zu einer neuen rechtlichen Einheit führen, die in allen Beziehungen denselben rechtlichen Bestimmungen unterliegt (vgl. *Staudinger/Gursky* § 890 Rdnr. 15). Auch dies ist bei Grundstück und Wohnungseigentum grundsätzlich der Fall. Einziger wesentlicher rechtlicher Unterschied ist, daß das Eigentum am Grundstück gem. § 928 BGB aufgegeben werden kann, während dies beim Wohnungseigentum nach der Rechtsprechung des Senats nicht möglich ist (BayObLGZ 1991, 90 ff. [= MittBayNot 1991, 117] m. w. N.). Doch steht dies der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem Wohnungseigentum nicht zwingend entgegen: ganz allgemein wird auch die Vereinigung und die

Bestandteilszuschreibung im Verhältnis von Grundstück und Erbbaurecht für zulässig gehalten (*Palandt/Bassenge* Rdnr. 2; *Erman/Hagen* Rdnr. 1, MünchKomm/*Wacke* Rdnr. 12, BGB-RGRK/*Augustin* Rdnr. 5; *Soergel/Stürner* Rdnr. 7, jeweils zu § 890; *Horber/Demharter* Anm. 2 b; *Meikel/Böttcher* Rdnr. 14, jeweils zu § 6; KEHE/*Eickmann* § 6 Rdnr. 7, 8 und § 5 Rdnr. 6, 7; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 627 [zur Vereinigung]; *Gütthe/Triebel* GBO 6. Aufl. § 5 Rdnr. 6 [nur Bestandteilszuschreibung]; a. A. *Staudinger/Gursky* § 890 Rdnr. 15 und MünchKomm/*von Oefele* § 11 ErbbauVO Rdnr. 33). Auch auf das Erbbaurecht ist aber § 928 BGB nicht anwendbar (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO); für die Veräußerung und Belastung eines Erbbaurechts gelten gem. §§ 5 ff. ErbbauVO weitere Besonderheiten. Wohnungseigentum und Grundstück können auch jederzeit wieder rechtlich getrennt werden.

(4) Auf Größe und Wert der beteiligten Gegenstände (Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte) kommt es für die Bestandteilszuschreibung nicht an (*Erman/Hagen* § 890 Rdnr. 1).

(5) Aus dem Wohnungseigentumsrecht lassen sich keine Bedenken gegen die Bestandteilszuschreibung herleiten; insbesondere wird das Sondereigentum dadurch nicht entgegen § 1 Abs. 4 WEG mit dem Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden.

c) Buchungstechnisch besteht gleichfalls kein Hindernis für die Zuschreibung, da das Wohnungseigentum bei der Begründung durch Teilung (§ 8 WEG) immer, bei der Begründung durch Vertrag (§ 3 WEG) in aller Regel auf einem eigenen Grundbuchblatt gebucht wird (§ 7 Abs. 1, § 8 Abs. 2 WEG). Dort kann ohne weiteres auch die Bestandteilszuschreibung vermerkt werden. Von der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 2 WEG wird nur ganz selten, und allenfalls bei ganz kleinen Gemeinschaften Gebrauch gemacht; in diesen Fällen wird die Bestandteilszuschreibung nicht möglich sein.

3. Der Senat ist nicht gehalten, die weitere Beschwerde wegen der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. 5. 1963 (JMBl NRW 1963, 189 = MittBayNot 1963, 327 — MittRhNotK 1963, 565) gem. § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Es kann dabei offenbleiben, ob der Senat die gleiche Rechtsfrage zu entscheiden hat wie das Oberlandesgericht Düsseldorf; dort ging es um die Zuschreibung eines Teileigentums zu einem Grundstück. Abweichung von einer früher ergangenen Entscheidung eines Oberlandesgerichts bedeutet, daß die Rechtsfrage, die in der neuen Entscheidung anders beurteilt werden soll, die Grundlage der früheren Entscheidung gebildet hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Entscheidung auch dann nicht anders ausgefallen wäre, wenn das früher entscheidende Gericht die Rechtsfrage ebenso beurteilt hätte wie das Gericht, das nunmehr über diese Frage zu befinden hat (vgl. BGH NJW 1958, 1621; BGH NJW-RR 1987, 1036). So ist es hier. Das Oberlandesgericht Düsseldorf sieht ein weiteres Vollzugshindernis darin, daß das Teileigentum zwei Grundstücken, die zusammen eine Reichsheimstätte bildeten, zugeschrieben werden sollte. Damit war die Feststellung, ob ein Wohnungs- oder Teileigentum grundsätzlich einem Grundstück zugeschrieben werden kann, nicht die allein tragende Grundlage der Entscheidung.

4. Die Entscheidungen der Vorinstanzen können somit keinen Bestand haben. Das Grundbuchamt hat unter

Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu über den Eintragungsantrag zu entscheiden. Die Gefahr der Verwirrung (§ 6 GBO) dürfte bei der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem Wohnungseigentum auch bei unterschiedlichen Belastungs- und Rangverhältnissen nicht bestehen (vgl. *Meikel/Böttcher* § 6 Rdnr. 21 und § 5 Rdnr. 21 ff.). Denn die beiden Bestandteile verlieren ihre Identität nicht und können rechtlich jederzeit wieder getrennt werden.

9. GBO §§ 13, 71; ZPO § 848 Abs. 2; BGB §§ 892, 925; BeurkG § 13 (*Gutgläubiger Erwerb des Vorrangs vor einer Sicherungshypothek*)

1. Im Eintragungsverfahrensverfahren ist beschwerdeberechtigt nur, wer antragsberechtigt ist; die Zurückweisung des Eintragungsantrags allein verschafft dem nicht antragsberechtigten Antragsteller noch kein Beschwerderecht.
2. Die Wirksamkeit der Auflassung wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß ein Beteiligter versehentlich die notarielle Auflassungsurkunde nicht unterschreibt.
3. Wird nach erklärter Auflassung das Anwartschaftsrecht gepfändet, ist für die Bestellung eines Sequesters kein Raum. Ein gleichwohl bestellter Sequester ist jedoch berechtigt, die Eintragung der mit dem Eigentumsübergang kraft Gesetzes entstandenen Sicherungshypothek zu beantragen.
4. Der Gläubiger einer vom Erwerber bewilligten Grundschuld kann gutgläubig den Vorrang vor einer Sicherungshypothek erwerben, die infolge Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung mit dem Eigentumsübergang kraft Gesetzes entstanden ist.

BayObLG, Beschluß vom 13. 8. 1993 — 2 Z BR 80/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Am 23. 2. 1990 kauften die beiden Beteiligten zu 1 (Eheleute) ein Grundstück zum Miteigentum je zur Hälfte. Am 22. 3. 1990 wurde die Abtretung der für den Veräußerer eingetragenen Auflassungsvormerkung an sie im Grundbuch eingetragen. Die Auflassung wurde am 10. 12. 1990 erklärt. Dabei wurde die notarielle Urkunde auf seiten der Beteiligten zu 1 versehentlich von der Ehefrau nicht unterzeichnet; daß die Ehefrau anwesend war und der Auflassung zugestimmt hat, wurde von dem beurkundenden Notar am 9. 10. 1992 amtlich festgestellt. Am 30. 9. 1991 wurde von den Beteiligten zu 1 die Eintragung in das Grundbuch beantragt. Am 4. 12. 1991 wurden die Beteiligten zu 1 als Miteigentümer je zur Hälfte eingetragen. Am gleichen Tag wurde aufgrund Bewilligung der Beteiligten zu 1 vom 29. 8. 1991 eine Grundschuld zugunsten eines Kreditinstituts eingetragen.

In einem gerichtlichen Vergleich vom 11. 3. 1991 verpflichtete sich einer der beiden Beteiligten zu 1 (Ehemann), an die Beteiligte zu 2 einen Hauptsachebetrag von 44 000 DM nebst Zinsen zu bezahlen. Wegen dieser Forderung wurde durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 17. 10. 1991, der den Beteiligten zu 1 am 31. 10. 1991 zugestellt wurde, ihre Anwartschaft aus der Auflassung gepfändet und der Beteiligten zu 2 zur Einziehung überwiesen. Die Pfändung wurde bei der zugunsten der Beteiligten zu 1 eingetragenen Auflassungsvormerkung nicht vermerkt. Am 2. 7. 1992 wurde die Beteiligte zu 3 als Sequester bestellt.

Die Beteiligte zu 3 hat am 20. 7. 1992 in ihrer Eigenschaft als Sequester bewilligt und beantragt, im Hinblick auf die Pfändung des Anwartschaftsrechts der Beteiligten zu 1 eine Sicherungshypothek über 44 503,11 DM nebst Zinsen im Gleichrang mit der am 4. 12.

1991 eingetragenen Grundschuld einzutragen. Am 9. 11. 1992 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag abgewiesen und am 10. 11. 1992 an dem 1/2-Miteigentumsanteil des Ehemanns auf Antrag der Beteiligten zu 2 gemäß gerichtlichem Vergleich vom 11. 3. 1991 eine Zwangshypothek über 44 503,11 DM nebst Zinsen eingetragen. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 3 gegen die Antragsabweisung, mit der sie die Eintragung einer Sicherungshypothek am Miteigentumsanteil des Ehemanns im Gleichrang mit der Grundschuld anstrebt, hat das Landgericht durch Beschluß vom 7. 6. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 3.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Das Anwartschaftsrecht des Ehemanns aus der Auflassung sei am 17. 10. 1991 wirksam gepfändet worden. Es sei entstanden gewesen, weil die Auflassung erklärt und ein Eintragungsantrag der Erwerber gestellt gewesen sei; überdies sei für die Erwerber eine Auflassungsvormerkung eingetragen gewesen. Mit der Eintragung der Beteiligten zu 1 im Grundbuch habe die Beteiligte zu 2 kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek jedenfalls am Miteigentumsanteil des Ehemanns erlangt, die zu ihrer Entstehung nicht der Eintragung in das Grundbuch bedürft habe. Die Beteiligte zu 3 habe den Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek als Sequester stellen können; sie habe nur an der Pfändung nicht mitwirken müssen. Die Sicherungshypothek gehe grundsätzlich den von den Erwerbern bewilligten Grundpfandrechten vor. Trotzdem könne sie nicht im Gleichrang mit der Grundschuld zugunsten des Kreditinstituts eingetragen werden. Dies hätte zur Voraussetzung, daß dem Grundbuchamt bei Eintragung der Grundschuld am 4. 12. 1991 die Pfändung bekannt gewesen wäre. Der Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek sei aber erst danach eingegangen. Der Gläubiger der Grundschuld habe den durch die Eintragung erlangten Rang gutgläubig erworben. Von der Gutgläubigkeit sei solange auszugehen, als nicht das Gegenteil bewiesen sei. Für den guten Glauben genüge es, daß der für den Grundschuldgläubiger günstige Grundbuchstand gleichzeitig mit der eigenen Eintragung herbeigeführt worden sei.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Beteiligte zu 3 ist als gerichtlich bestellter Sequester tätig geworden. Ihre Beschwerdeberechtigung ergibt sich für die weitere Beschwerde daraus, daß die in ihrer Eigenschaft als Sequester eingelegte Erstbeschwerde zurückgewiesen wurde (*Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 78 Anm. 2 b m. w. N.). Die weitere Beschwerde ist damit zulässig; sie ist aber nicht begründet.

b) Die Beschwerdeberechtigung für die Erstbeschwerde deckt sich im Eintragungsantragsverfahren mit dem Antragsrecht. Allein aus der Zurückweisung eines Eintragungsantrags ergibt sich für den nicht antragsberechtigten Antragsteller noch kein Beschwerderecht (*Horber/Demharter* Anm. 19 a, *Meikel/Streck* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 112, jeweils zu § 71 und jeweils m. w. N.). Die Beteiligte zu 3 hat beantragt, eine kraft Gesetzes entstandene Sicherungshypothek im Weg der Grundbuchberichtigung im Gleichrang mit der bereits eingetragenen Grundschuld einzutragen. Eine solche Eintragung kann nur auf Antrag vorgenommen werden (*Horber/Demharter* § 22 Anm. 12 a). Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 3 ist daher nur gegeben, wenn sie antragsberechtigt war. Antrags-

berechtigt ist jeder, zu dessen Gunsten die Eintragung vorgenommen wird oder der durch die Eintragung verliert (§ 13 Abs. 2 GBO). Antragsberechtigt sind daher auf seiten der Beteiligten zu 1 der Ehemann und die Beteiligte zu 2. Antragsberechtigt ist aber auch ein wirksam bestellter Sequester.

c) Gepfändet wurde das Anwartschaftsrecht der Beteiligten zu 1 aus der der am 10. 12. 1990 erklärten Auflassung. In diesem Fall ist für die Bestellung eines Sequesters kein Raum. Ein Sequester ist nur dann zu bestellen, wenn der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, also der Auflassungsanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1, §§ 873, 925 BGB) gepfändet ist. Dann kann nämlich nur an den Sequester als Vertreter des Schuldners aufgelassen werden; der Sequester hat in diesem Fall auch die kraft Gesetzes mit dem Eigentumsübergang durch Eintragung der Erwerber im Grundbuch entstehende Sicherungshypothek zu bewilligen (§ 848 Abs. 2 ZPO). Die Sicherungshypothek kann dann auf Antrag des Sequesters im Weg der Grundbuchberichtigung entweder aufgrund Unrichtigkeitsnachweises oder aufgrund der Berichtigungsbewilligung des Sequesters eingetragen werden.

Die Pfändung des Anwartschaftsrechts nach erklärter Auflassung wird gem. § 857 ZPO bewirkt. Mit der Eintragung der Erwerber im Grundbuch entsteht bei einer wirksamen Pfändung in entsprechender Anwendung des § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek. Die berichtigende Eintragung kann der Pfändungsgläubiger selbst beantragen. Der Mitwirkung eines Sequesters bedarf es bei dieser Pfändung nicht (BGHZ 49, 197/206; BayObLGZ 1992, 131/138; *Horber/Demharter* Anhang zu § 26 Anm. 17 a; *Haegle/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 1599, 1600; *Zöller/Stöber* ZPO 18. Aufl. § 848 Rdnr. 13). Für die Bestellung der Beteiligten zu 3 als Sequester war hier kein Raum, weil die Auflassung bereits erklärt war. Die Beteiligte zu 3 ist gleichwohl berechtigt, eine Sicherungshypothek entsprechend § 848 Abs. 2 Satz 3 ZPO zu bewilligen und die Eintragung der kraft Gesetzes entstandenen Sicherungshypothek zu beantragen. Dies folgt aus ihrer Bestellung als Sequester durch das Vollstreckungsgericht, die — auch wenn sie nicht veranlaßt war — jedenfalls nicht unwirksam ist.

Die Auflassung ist am 10. 12. 1990 wirksam geworden. Aufgrund der notariellen Auflassungsurkunde vom 10. 12. 1990 und der amtlichen Feststellung des Notars vom 9. 10. 1992 steht fest, daß bei gleichzeitiger Anwesenheit des Veräußerers und der beiden Erwerber vor dem Notar die Einigung über den Eigentumsübergang erklärt wurde (§ 925 BGB). Da die Auflassung zu ihrer materiellen Wirksamkeit keiner Form bedarf, schadet die fehlende Unterzeichnung der Auflassungserklärung durch die Ehefrau, die zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt (§ 13 Abs. 1 BeurkG) nicht (*Horber/Demharter* § 20 Anm. 9 a; *Palandt/Bassenge* BGB 52. Aufl. § 925 Rdnr. 3). Ob durch die beiden notariellen Urkunden vom 10. 12. 1990 und vom 9. 10. 1992 eine wirksame Auflassung auch in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist (vgl. §§ 20, 29 GBO), kann dahinstehen (s. hierzu *Horber/Demharter* § 20 Anm. 9 a). Die Beteiligten zu 1 sind im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. Damit spricht die nicht widerlegte Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB nicht nur für ihr Eigentum, sondern auch für die Wirksamkeit der Auflassung vom 10. 12. 1990, auf die sich die Eintragung gründet (vgl. BGH NJW 1980, 1047/1048 [= DNotZ 1980, 354]).

d) Der Eintragungsantrag der Beteiligten zu 3 kann auch dann keinen Erfolg haben, wenn von einer wirksamen Pfändung des Anwartschaftsrechts ausgegangen wird. Dann ist kraft Gesetzes entsprechend § 848 Abs. 2 ZPO im Zeitpunkt der Eintragung der Beteiligten zu 1 im Grundbuch, also am 4. 12. 1991, eine Sicherungshypothek zugunsten der Beteiligten zu 2 jedenfalls am Miteigentumsanteil des Ehemanns entstanden. Das Grundbuch ist damit insoweit unrichtig geworden, als es die Sicherungshypothek nicht ausweist.

Eine kraft Gesetzes gem. § 848 Abs. 2 ZPO oder in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift entstandene Sicherungshypothek ist in ihrem Bestand gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ohne Eintragung nicht geschützt. Eine Art. 187 EGBGB entsprechende Vorschrift enthält § 848 ZPO nicht. Auf die Entscheidung BayObLGZ 15, 474 kann sich die Rechtsbeschwerdeführerin schon deshalb nicht berufen, weil der Senat die dieser Entscheidung zugrundeliegende Rechtsansicht aufgegeben hat (BayObLGZ 1990, 226/232). Der Berechtigte der Sicherungshypothek kann daher durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten einen Rechtsverlust erleiden (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB); dieser kann insbesondere in einer Verschlechterung des Rangs bestehen (allg. Meinung; VG Fulda Rpfleger 1988, 252 und Anm. von *Böttcher*, jeweils m. w. N.; *Kerbusch* Rpfleger 1988, 475; für den vergleichbaren Fall der bei einer Verpfändung gem. § 1287 BGB entstehenden Sicherungshypothek: BayObLGZ 1985, 332/338 [= MittBayNot 1985, 254 = DNotZ 1986, 345]). Der Gläubiger der Grundschuld hat den durch die Eintragung des Rechts (vgl. § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB) erlangten Rang vor der Sicherungshypothek gutgläubig erworben. Ob dann, wenn bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch die Pfändung vermerkt ist, ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet, wie das Landgericht meint (anders BayObLG a. a. O.), braucht hier nicht entschieden zu werden, weil ein solcher Vermerk im Grundbuch nicht angebracht war. Nach der gesetzlichen Regel des § 892 BGB ist vom gutgläubigen Erwerb als dem Regelfall auszugehen; die Rechtsfolgen der Bösgläubigkeit treten nur ein, wenn sie mit Sicherheit feststeht (BayObLGZ 1985, 401/403 [= DNotZ 1986, 357]; 1986, 513/516 [= MittBayNot 1987, 91 = DNotZ 1987, 621]). Weil der Nachweis nicht geführt ist, daß der Gläubiger der Grundschuld positiv wußte, mit Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentümer sei eine Sicherungshypothek zugunsten der Beteiligten zu 2 kraft Gesetzes entstanden, ist von einem gutgläubigen Erwerb der Grundschuld hinsichtlich des ausgewiesenen Rangs auszugehen. Der Zeitpunkt, zu dem Gutgläubigkeit gegeben sein muß (s. hierzu LG Fulda a. a. O. und die zu Recht ablehnende Anmerkung von *Böttcher* a. a. O.) spielt hier keine Rolle. Eine positive Kenntnis des Grundschuldgläubigers von der entstandenen Sicherungshypothek steht nämlich weder für den Zeitpunkt der Bestellung oder Bewilligung, noch für den Zeitpunkt der Eintragung des Rechts im Grundbuch fest; bei Abgabe der Eintragungsbewilligung am 29. 8. 1991 war das Anwartschaftsrecht noch nicht einmal gepfändet.

10. WEG § 4; BGB § 157 (*Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum*)

1. Für die Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum ist die Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.
2. Verpflichten sich die Beteiligten in einer notariellen Urkunde, durch die gemeinschaftliches Eigentum in Sondereigentum umgewandelt werden soll, einen der Vereinbarung entsprechend abgeänderten Aufteilungsplan mit der nötigen Abgeschlossenheitsbescheinigung zu beschaffen, so kann diese Verpflichtung auch umfassen, eine zwischen den Wohnungen vorhandene Tür zuzumauern, um dadurch die Abgeschlossenheit der Wohnungen herbeizuführen.

BayObLG, Beschluß vom 13. 9. 1993 — 2 Z BR 61/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

I. Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die aus einem Altbau und einem mit diesem durch einen Korridor verbundenen Neubau besteht.

Der Antragstellerin gehört das Obergeschoß im Altbau (Wohnung Nr. 2). Die Antragsgegnerin ist die Eigentümerin der im Erdgeschoß des Altbaus und der im Neubau gelegenen Einheit (Wohnung Nr. 1). Das Treppenhaus des Altbaus und die dort befindliche Waschküche stehen im Gemeinschaftseigentum. Im Erdgeschoß des Altbaus führt von der Wohnung der Antragsgegnerin zum Treppenhaus eine Tür. Die Antragsgegnerin kann durch diese Tür im Inneren des Hauses zur Waschküche gelangen. Zu dieser führt aber auch ein außerhalb des Hauses gelegener Treppenabgang.

Mit notarieller Urkunde vom 15. 6. 1990 wurde die Teilungserklärung vom 18. 3. 1982 unter anderem wie folgt geändert:

Die Teilungserklärung wird dahingehend abgeändert, daß zum Sondereigentum der Einheit 2 auch das Treppenhaus, die Garage, der Speicher und zwei Balkone gehören, die in den gegenwärtiger Urkunde als Anlage und Bestandteil beigefügten Plänen mit Nr. 2 bezeichnet und dort im Grundriß mit roter Farbe angelegt sind.

Die Pläne wurden den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt. Die Beteiligten verpflichten sich, unverzüglich den entsprechenden geänderten Aufteilungsplan mit der nötigen Abgeschlossenheitsbescheinigung zu beschaffen und dem Notar zuzuleiten.

In dem dem notariellen Vertrag beigefügten Plan, der das Erdgeschoß betrifft, ist das gesamte Treppenhaus rot schraffiert und mit Nr. 2 bezeichnet. Zwischen dem Flur der Wohnung Nr. 1 und dem Treppen/Hauseingangsbereich im Altbau ist die dort befindliche Tür eingezeichnet.

Das Landratsamt hat die von den Beteiligten am 15. 6. 1990 beantragte Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erteilt, weil zwischen dem Treppenhaus als Bestandteil der Wohnung Nr. 2 und der Wohnung Nr. 1 eine Tür vorhanden ist.

Die Antragsgegnerin ist mit dem Zumauern der Tür nicht einverstanden, weil dadurch der im Innern des Hauses gelegene Zugang zu der Waschküche entfallen würde.

Die Antragstellerin hat u. a. beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, zur Erlangung der Abgeschlossenheitsbescheinigung des Landratsamts . . . einen Aufteilungsplan zu unterzeichnen und beim Landratsamt mit einzureichen, der die vereinbarte Änderung der Teilungserklärung wiedergibt und die erforderlichen baulichen Maßnahmen zur Erlangung der Abgeschlossenheit enthält, insbesondere eine Wohnungstrennwand im Erdgeschoß zwischen der im Sondereigentum der Antragsgegnerin stehenden Wohnung 1 der Antragsgegnerin und dem dem Sondereigentum der Antragstellerin hinzugeschlagenen Treppenhaus. Ferner beantragte sie, die

Antragsgegnerin zu verpflichten, die Herstellung der Wohnungstrennwand zu dulden. Das Amtsgericht hat die Anträge abgewiesen. Das Landgericht hat mit Beschluß den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und den Anträgen stattgegeben. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegnerin.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: ...

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Antragsgegnerin ist auf Grund der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 15. 6. 1990 verpflichtet, die Errichtung einer Wohnungstrennwand im Erdgeschoß des Altbaus zwischen ihrer Wohnung und dem Treppenhaus zu dulden und zur Erlangung der Abgeschlossenheitsbescheinigung einen Aufteilungsplan zu unterzeichnen und beim Landratsamt mit einzureichen, in dem diese Trennwand eingezeichnet ist.

a) Soll wie hier bezüglich des Treppenhauses gemeinschaftliches Eigentum in Sondereigentum eines Wohnungseigentümers umgewandelt werden, ist die Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung (§ 4 Abs. 1 und 2 WEG) und Eintragung in das Grundbuch erforderlich (BayObLGZ 1973, 267 [= MittBayNot 1974, 15]; BayObLG DNotZ 1990, 37 [= MittBayNot 1988, 236]; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anh. zu § 3 Anm. II b bb); eine solche Einigung liegt hier vor.

b) Die Vorlage eines Aufteilungsplans (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) zum grundbuchamtlichen Vollzug der Begründung von Wohnungseigentum soll nach Maßgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes sicherstellen, daß die Grenzen des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums klar abgesteckt werden (BayObLGZ 1973, 267 f.). Aus dem in der notariellen Urkunde vom 15. 6. 1990 in Bezug genommenen Plan ist klar erkennbar, daß das Treppenhaus im Erd- und Obergeschoß zum Sondereigentum der Einheit Nr. 2 gehören soll. Ohne Belang ist, daß in dem Aufteilungsplan zwischen den neu abgegrenzten Einheiten derzeit noch eine Tür eingezeichnet ist, weil dieser Plan nur den Gegenstand der dinglichen Einigung verdeutlicht und nicht Grundlage der Abgeschlossenheitsbescheinigung ist.

c) Nach § 3 Abs. 2 WEG soll Sondereigentum allerdings nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Diese Voraussetzung hat das Landratsamt hier im Hinblick auf die Tür zwischen der Wohnung Nr. 1 und dem Treppenhaus verneint.

d) In der notariellen Urkunde vom 15. 6. 1990 haben sich die Beteiligten verpflichtet, unverzüglich den entsprechenden geänderten Aufteilungsplan mit der nötigen Abgeschlossenheitsbescheinigung zu beschaffen und dem Notar zuzuleiten. Diese Regelung hat das Landgericht in Verbindung mit der Einigung der Wohnungseigentümer über die Umwandlung des Treppenhauses von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum rechtsfehlerfrei so ausgelegt, daß sich die Beteiligten verpflichtet haben, das zur Herbeiführung dieses Erfolgs Erforderliche zu veranlassen. Unter den gegebenen Umständen bedeutet dies hier insbesondere, das Zumauern der Tür zu dulden, da nur auf diese Weise die Abgeschlossenheit der Wohnung Nr. 2 gegenüber der Wohnung Nr. 1 zu erreichen ist. Als weitere Verpflichtung ergibt sich daraus, einen entsprechend abgeänderten Auftei-

lungsplan zu unterzeichnen und beim Landratsamt mit einzureichen. Für diese Auslegung spricht auch die vom Landgericht aufgrund der Beweisaufnahme rechtsfehlerfrei (vgl. insoweit BayObLGZ 1971, 147/154 [= MittBayNot 1971, 319]; 1993, 18/19 f.; BayObLG WE 1989, 60) getroffene Feststellung, daß zwischen den Vertragsparteien am 15. 6. 1990 das Zumauern der Tür besprochen und vereinbart worden ist.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Vereinbarung im Hinblick auf § 4 Abs. 3 WEG, § 313 BGB wirksam wäre, wenn sie nur mündlich getroffen worden wäre.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum vgl. auch BayObLG MittBayNot 1993, 287 und *Röll*, MittBayNot 1993, 265.

11. GBO § 2 Abs. 3, § 5 (*Rechtliche Verselbständigung eines Anliegerwegs*)

Soll ein mit einer eigenen Flurstücksnummer versehener Anliegerweg rechtlich verselbständigt werden, brauchen nicht sämtliche zu dem Weg gezogenen Teilflächen der angrenzenden Grundstücke vorher katastermäßig sowie grundbuchmäßig als selbständige Flurstücke und Grundbuchgrundstücke ausgewiesen und anschließend verschmolzen und vereinigt zu werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die abzuschreibenden Grundstücksteilflächen von dinglichen Belastungen freigestellt werden.

BayObLG, Beschluß vom 11. 11. 1993 — 2 Z BR 114/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 87 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Anton Huber*, Vilshofen

Aus dem Tatbestand:

Im Liegenschaftskataster ist als Flst. 67/2 ein Anliegerweg gebucht, an den die Grundstücke der Beteiligten zu 1 bis 16 angrenzen. Im Grundbuch für diese Grundstücke ist im Bestandsverzeichnis in Spalte 3 c jeweils vermerkt: „hierzu die zum Weg Flst. 67/2 gezogene Teilfläche (BestNr. 297)“.

Zu notarieller Urkunde vom 21. 10. 1992 ließen die Beteiligten zu 1 bis 16 das Flst. 67/2 an den Beteiligten zu 17 auf, der zu notarieller Urkunde vom 18. 2. 1993 eine Teilfläche davon an die Beteiligten zu 18 verkaufte und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligte.

Im Veränderungsnachweis Nr. 639 ist der Anliegerweg nunmehr als Straße mit 1 208 m² ausgewiesen; die angrenzenden Grundstücke der Beteiligten zu 1 bis 16 sind jeweils ohne den Vermerk über die zu dem früheren Anliegerweg gezogenen Teilflächen aufgeführt.

Die Anträge auf Eintragung der Auflassung zugunsten des Beteiligten zu 17 und der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 18 hat das Grundbuchamt durch Beschlüsse vom 7. 7. 1993 abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten am 30. 9. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt zur erneuten Entscheidung über die Eintragungsanträge.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Bei einem Anliegerweg könne nur jeder Angrenzer über die von seinem Grundstück zum Weg gezogene Teilfläche verfügen. Im Weg der Auslegung sei davon auszugehen, daß jeder einzelne Angrenzer die von seinem Grundstück zum Weg gezogene Teilfläche aufgelassen habe. Die Wegeteilflächen seien eigentumsrechtlich unselbständige Bestandteile des jeweils angrenzenden Grundstücks; sie könnten daher nur dann ein vom Hauptgrundstück verschiedenes rechtliches Schicksal haben, wenn sie vorher vermessen worden seien und eine eigene Flurnummer erhalten hätten. Daran fehle es. Der Hinweis, daß alle Wegeteilflächen miteinander verschmolzen werden sollten und der gesamte Anliegerweg als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen werden solle, ändere nichts; auch in diesem Fall müßten die von den Grundstücken zum Weg gezogenen Teilflächen als selbständige Grundstücke nach Wegmessung und Bildung eines eigenen Flurstücks im Grundbuch eingetragen werden. Hiervon konnte nur abgesehen werden, wenn einer solchen Buchung nur vorübergehende Bedeutung zukäme; dann würden die Bodenflächen nur als Zuflurstücke ausgewiesen. An den hierfür erforderlichen Abschreibungen, Vereinigungen oder Bestandteilszuschreibungen fehle es aber.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die rechtlichen Besonderheiten bei der Buchung eines mit einer eigenen Flurstücksnummer versehenen Anliegerwegs in den Grundbüchern der angrenzenden Grundstücke sind in den Entscheidungen des Senats vom 10. 11. 1976 und 30. 7. 1992 (Rpfleger 1977, 103; 1993, 104 [= MittBayNot 1992, 335 = DNotZ 1993, 388]) im einzelnen dargestellt. Danach ist jeder Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks Alleineigentümer der vor seinem Grundstück liegenden Wegefläche, die ein unselbständiger Bestandteil dieses Grundstücks ist. Für den Anliegerweg kann daher, weil die Teilflächen, aus denen er sich zusammensetzt, als Bestandteil der angrenzenden Grundstücke im Grundbuch bereits gebucht sind, kein eigenes Grundbuchblatt angelegt werden. Daran ändert auch nichts, daß der Weg mit einer eigenen Flurstücksnummer versehen ist; dies hat nur die Bedeutung, die teilweise Beschaffenheit der betroffenen Grundstücke als Wegefläche auszuweisen. Bei der Anlegung neuer Angrenzerwege ist deren Bezeichnung mit einer besonderen Flurstücksnummer nicht mehr zulässig (BayObLG Rpfleger 1977, 103/104; *Meikel/Simmerding* Grundbuchrecht 7. Aufl. Anhang zu § 2 Rdnr. 29).

b) Diese rechtliche Ausgestaltung bei der Buchung eines Anliegerwegs schließt es nicht aus, daß die zu dem Anliegerweg gezogene Teilfläche des einzelnen angrenzenden Grundstücks im Grundbuch rechtlich verselbständigt wird. In diesem Fall ist nach § 2 Abs. 3 Buchst. a GBO vorzugehen; erforderlich ist also die Wegmessung der Wegeteilfläche, die Bildung eines eigenen Flurstücks und die Eintragung der Grundstückstellung im Grundbuch. Durch § 2 Abs. 3 GBO soll die Auffindung des abbeschriebenen Grundstücksteils in der Örtlichkeit gewährleistet (*Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. § 2 Rdnr. 24) und die zweifelsfreie Darstellung des Grundstücksteils im Grundbuch in Übereinstimmung mit dem Liegenschaftskataster sichergestellt werden. Deshalb wird grundsätzlich die katastermäßige Verselbständigung des Grundstücksteils verlangt.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, daß nicht einzelne zum Weg gezogene Teilflächen der angrenzenden

Grundstücke rechtlich verselbständigt werden sollen, sondern der Anliegerweg in seiner Gesamtheit. Weil die Summe der zu dem Weg gezogenen Teilflächen der Angrenzergrundstücke katastermäßig bereits mit einer eigenen Flurstücksnummer versehen ist und der bisherige Anliegerweg in dem Veränderungsnachweis in einer zur Übernahme als selbständiges Grundstück in das Grundbuch geeigneten Weise dargestellt wird, steht der Abschreibung der einzelnen Teilflächen von den Angrenzergrundstücken und der Eintragung des Anliegerwegs als selbständiges Grundstück im Grundbuch nichts im Wege. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hier jede einzelne von den angrenzenden Grundstücken abzuschreibende Wegefläche zunächst katastermäßig als selbständiges Flurstück mit einer eigenen Flurstücksnummer versehen und als selbständiges Grundbuchgrundstück eingetragen werden sollte. Im Anschluß daran müßten nämlich sämtliche so geschaffenen Flurstücke wieder zu dem katastermäßig bereits als Flst. 67/2 erfaßten Wegegrundstück verschmolzen und die Grundbuchgrundstücke zu einem neuen Grundbuchgrundstück vereinigt werden. Es ist gerechtfertigt, den Zwischenschritt der katastermäßigen und grundbuchmäßigen Verselbständigung der Wegeteilflächen zu überspringen; dieser Weg ist durch den Veränderungsnachweis Nr. 639 für den Bereich des Liegenschaftskatasters vorgezeichnet. Er entspricht Nr. 2.539 Satz 4 der Anweisung für die Fortführung und Erneuerung des Liegenschaftskatasters in Bayern (KatFEA) vom 3. 6. 1971 (FMBl S. 272).

Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn die von den angrenzenden Grundstücken abzuschreibenden Teilflächen nicht von dinglichen Belastungen des Grundstücks freigestellt werden. In diesem Fall kann, wenn die Teilflächen nicht in einem Zwischenschritt katastermäßig verselbständigt werden und bleiben, der Belastungsgegenstand nicht mehr zweifelsfrei festgestellt werden. Da die Eintragung der Auffassungen im Ergebnis die Vereinigung der Teilflächen zu einem neuen, einheitlichen Grundstück bewirkt, stünde ihr die Gefahr der Verwirrung gem. § 5 GBO entgegen. Hier hat aber der Urkundsnotar angekündigt, die Freigabeerklärungen umgehend nachzureichen.

3. Die Entscheidungen der Vorinstanzen können daher keinen Bestand haben; sie werden aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Entscheidung über die Eintragungsanträge an das Grundbuchamt zurückverwiesen. Sofern die sonstigen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere die Freigabeerklärungen der dinglich Berechtigten vorliegen, wird den Eintragungsanträgen stattzugeben sein.

12. WEG §§ 10 II, 16 II (*Keine Erwerberhaftung durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer*)

Eine Bestimmung der Gemeinschaftsordnung/Teilungserklärung, daß der Erwerber von Wohnungseigentum Wohngeldrückstände seines Rechtsvorgängers übernehmen müsse, verstößt gegen unabdingbare Grundsätze des Sachenrechts und ist rechtlich unwirksam. Wegen Abweichung von OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552, OLG Köln OLGZ 1978, 151 und OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 349 wird die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Kammergericht, Vorlage-Beschluß vom 18. 8. 1993 — 24 W 7292/92 —

13. WEG § 12; GG Art. 3 Abs. 1; BGB § 138 Abs. 1
(Unwirksames Zustimmungserfordernis für die Veräußerung von Wohnungseigentum)

1. Zur Aufstellung eines Zustimmungserfordernisses bei der Veräußerung von Sondereigentum an bestimmte Personengruppen.

2. Zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 17. 8. 1993 — 3 W 141/93 —, mitgeteilt von Notar *Alfred Kluge*, Ludwigshafen

Aus den Gründen:

Mit dem angefochtenen Beschluß hat das Landgericht die als Beschwerde geltende Erinnerung der Antragsteller gegen die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin des Amtsgerichts vom 21. 12. 1992 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Antragsteller gegen diese Entscheidung ist gem. § 78 GBO statthaft, sie ist nicht an eine Frist gebunden und formgerecht eingelegt (§ 80 Abs. 1 GBO). In der Sache führt das mithin zulässige Rechtsmittel jedoch nicht zum Erfolg, weil die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 Satz 1 GBO).

Das Landgericht hat zu Recht die der Zwischenverfügung zugrundeliegende Auffassung der Rechtspflegerin bestätigt, daß die Veräußerungsbeschränkung in § 8 der Urkunde des Notars vom 14. 2. 1992 gegen § 138 Abs. 1 BGB verstößt und deshalb nichtig ist. Da die Veräußerungsbeschränkung gem. § 12 Abs. 1 WEG zum „Inhalt des Sondereigentums“ gehört, ist sie auch Gegenstand der Grundbucheintragung. Auf die umstrittene Frage, ob insoweit eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist (dazu etwa *Pick* in *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl., Rdnr. 16 zu § 12; *Palandt/Bassenge*, BGB, 51. Aufl., Rdnr. 5 zu § 12 WEG), kommt es dabei nicht an. Die Eintragung einer in Wahrheit nichtigen Veräußerungsbeschränkung wäre in jedem Falle unzulässig, so daß die Grundbuchrechtspflegerin die Prüfung der Urkunde über die Einräumung von Sondereigentum zu Recht auf diesen Punkt erstreckt hat (zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts etwa OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552; OLG Köln NJW-RR 1989, 780, 781 m. w. N.).

Die Vorinstanzen haben die fragliche Veräußerungsbeschränkung zutreffend für nichtig gehalten. § 8 der dem Eintragungsantrag zugrundeliegenden Urkunde hat folgenden Wortlaut:

„1. Das Sondereigentum ist veräußerlich und vererblich. Zur Veräußerung eines Sondereigentums ist keine Zustimmung des anderen Sondereigentümers erforderlich.

2. Die Überlassung eines Sondereigentums an Dritte (zum Beispiel Vermietung) durch den Eigentümer bedarf ebenfalls nicht der Zustimmung des jeweils anderen Sondereigentümers.

3. Die Zustimmung ist jedoch bei einer Veräußerung und Vermietung an Ausländer, kinderreiche Familien (= mehr als 2 Kinder) oder Wohngemeinschaften (= mehr als 3 Personen) erforderlich.

Die Zustimmung ist auch bei einer gewerblichen Vermietung erforderlich.“

Diese Vereinbarung verstößt gegen § 138 BGB. Es ist inzwischen ganz überwiegende Meinung, daß diese Vorschrift zu den privatrechtlichen „Einfallstoren“ der Grundrechte gehört, diese mithin bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine bedeutsame Rolle spielen (vgl. etwa *MünchKomm/Mayer-Maly*, Rdnr. 16 zu § 138 BGB m. N.). Die vorliegend beanstandete Veräußerungsbeschränkung enthält eine grobe Mißachtung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und ist insbesondere deshalb als nichtig anzusehen. Dazu hat bereits das Landgericht zu Recht ausgeführt, daß ein hinreichender sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung bezüglich des Zustimmungserfordernisses bei einer Veräußerung an Ausländer, kinderreiche Familien oder Wohngemeinschaften nicht besteht, vielmehr willkürlich bestimmte Gruppen von dem zustimmungsfreien erleichterten Erwerb ausgeschlossen werden. Darin liegt eine Verletzung des Gleichheitssatzes (vgl. nur *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Grundgesetz 6. Aufl., Rdnr. 13 f. zu Art. 3 GG), nämlich eine Benachteiligung gegenüber allen anderen in Betracht kommenden Erwerbern, die auch im Privatrecht nicht hingenommen werden kann. Nachvollziehbare Gründe dafür, generell für die im notariellen Vertrag aufgeführten Erwerbergruppen das Zustimmungserfordernis einzuführen, sind nicht erkennbar. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, daß die Prüfung, ob ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung zur Veräußerung (§ 12 Abs. 2 WEG) gegeben ist, immer nur aufgrund der Umstände des Einzelfalles vorgenommen werden kann. Maßgebend ist dabei, ob die konkrete Veräußerung eine Gefahr für die Gemeinschaft der übrigen Wohnungseigentümer darstellt, diesen also nicht zuzumuten ist (vgl. etwa *Pick* a. a. O., Rdnr. 32 zu § 12 WEG). Die beanstandete Regelung der Veräußerungsbeschränkung geht demgegenüber davon aus, daß bei den aufgeführten Gruppen von Erwerbern ein generelles Interesse an der Überprüfung besteht, während dies bei allen übrigen Käufern nicht der Fall ist. Diese Differenzierung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Eignung oder fehlende Eignung von Erwerbern, sich in die Wohnungseigentümergeinschaft einzuordnen, ist vielmehr unabhängig davon, ob sie zwei oder mehr Kinder haben und welches ihre Staatsangehörigkeit ist. Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, daß im Einzelfall bei Angehörigen der in der Urkunde aufgeführten Erwerbergruppen ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung vorliegen könne, dies jedoch gleichermaßen für beliebig viele andere Gruppen aus den unterschiedlichsten Gründen gelte. Die Benachteiligung der fraglichen Käufergruppen ist deshalb willkürlich und verstößt gegen § 138 Abs. 1 BGB.

Dieselben Erwägungen gelten für die Beschränkung der schuldrechtlichen Überlassung des Sondereigentums an Dritte in der genannten Klausel (vgl. dazu *Pick* a. a. O., Rdnr. 64 zu § 12 WEG). Auch diese Regelung ist nichtig, weil sie die genannten Interessentengruppen ohne sachlichen Grund schlechter stellt als andere Miet- oder Nutzungsinteressenten. Wie die Antragsteller den Mangel der Vereinbarung ausräumen wollen, bleibt ihrer Entscheidung überlassen.

Die weitere Beschwerde ist demnach unbegründet; die Zwischenverfügung vom 21. 12. 1992 ist zu Recht ergangen. . . .

14. Bayerisches Landrecht §§ 1, 5; EGBGB Art. 131, 182, 189, 196; BGB §§ 873, 925; GBO §§ 4, 117 (*Übertragung eines Kellerrechts*)

1. Zur Entstehung, grundbuchmäßigen Eintragung und Übertragungsmöglichkeit eines vor Inkrafttreten des BGB entstandenen grundstücksgleichen Rechts (hier: Kellerrecht).
2. Ein grundstücksgleiches Recht kann auch dann rechtsgeschäftlich übertragen werden, wenn es im Grundbuch nicht unter einer eigenen Nummer, sondern als Bestandteil eines Grundstücks eingetragen ist.

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Amberg, Urteil vom 13. 10. 1993 — 23 S 222/93 —, mitgeteilt von Notar Dr. Rüdiger Behmer, Vilseck

Aus dem Tatbestand:

Mit der Klage begehren die Kläger Feststellung, daß dem Beklagten am Grundstück Flurstück-Nr. . . Gemarkung S. der Kläger weder ein Kellerrecht noch ein sonstiges Recht am Grundstück zusteht.

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks Flurstück-Nr. . . Gemarkung S. Die Rechtsvorgänger der Kläger an diesem Grundstück haben am 10. 9. 1888 an M. B. einen Bierkeller in S. käuflich überlassen, welchen dessen Besitzvorfahr auf Anwesen Haus-Nr. . . in S., nämlich F. W., graben und ausbauen ließ. Der Beklagte äußerte sowohl in der Öffentlichkeit als auch den Klägern gegenüber wiederholt, daß er Rechtsnachfolger des M. B. sei und daß dieser Keller ihm daher als Folge des notariellen Kaufvertrags vom 10. 9. 1888 gehören würde.

Die Kläger behaupten, dem Beklagten stünde aus dem Kaufvertrag vom 10. 9. 1888 weder ein Kellerrecht noch ein sonstiges Recht am Grundstück Flurstück-Nr. . . Gemarkung S. zu. Mit dem damaligen notariellen Vertrag sei nämlich M. B. lediglich eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingeräumt worden, die mit dessen Ableben erloschen sei. Ein Stockwerkeigentum habe durch den seinerzeitigen notariellen Vertrag bereits rein begrifflich nicht eingeräumt werden können. Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit könne nicht angenommen werden, weil diese ein herrschendes Grundstück voraussetze und dem notariellen Vertrag ein solches herrschendes Grundstück nicht entnommen werden könne: im übrigen wäre eine Grunddienstbarkeit auch bereits deshalb erloschen, weil sie mehr als 10 Jahre nicht mehr ausgeübt worden sei. Würde man den notariellen Vertrag als Einräumung eines selbständigen grundstücksgleichen Nutzungsrechtes würdigen, so sei dieses jedenfalls nicht auf den Beklagten übergegangen; denn ein solches hätte nach Anlegung des Grundbuchs gem. §§ 873, 925 BGB nur durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch auf einen Erwerber übertragen werden können, ein Grundbuchblatt sei jedoch nicht angelegt worden. Denn nach Anlage des Grundbuchs habe M. B. und seine Ehefrau mit notariellem Vertrag vom 26. 6. 1922 ihren gesamten Besitz an ihren Sohn G. B. rechtsgeschäftlich übertragen, wobei für den Keller kein Grundbuchblatt angelegt worden sei und folglich auch der Keller nicht wirksam als selbständiges grundstücksgleiches Nutzungsrecht übertragen worden sei. Folglich stünde dem Beklagten weder ein Kellerrecht noch ein sonstiges Recht am Grundstück Flurstück-Nr. . . Gemarkung S. zu.

Das AG Amberg hat mit Urteil vom 9. 2. 1993 der Klage stattgegeben und festgestellt, daß dem Beklagten weder ein Kellerrecht noch ein sonstiges Recht am Grundstück Flurstück-Nr. . . der Gemarkung S. zusteht.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

Zur Begründung führt er aus:

Der Beklagte sei Rechtsnachfolger des M. B. Das Eigentum des M. B. und damit auch das streitbefangene Kellerrecht seien teils durch rechtsgeschäftliche Übertragung, teils durch Erbfolge auf ihn übergegangen. Die Auslegung des notariellen Vertrages vom

10. 9. 1888 lasse nur den Schluß zu, daß es sich bei dem Kellerrecht um ein selbständiges grundstücksgleiches Recht handle. Dies ergebe sich aus der Formulierung „An M. B., Haus-Nr. 1 in S. käuflich zum Besitz und Eigentum“. Ganz offenbar habe nämlich M. B. das Eigentum an dem Bierlagerkeller übertragen werden sollen und nicht nur ein Recht auf Benutzung fremden Eigentums. Zwar sei es richtig, daß ein selbständiges grundstücksgleiches Kellerrecht rechtsgeschäftlich nur habe übertragen werden können, wenn für dieses Kellerrecht ein Grundbuchblatt besteht. Jedoch könnten grundstücksgleiche Rechte gemeinsam mit Grundstücken desselben Eigentümers auf einem gem. § 4 Abs. 1 GBO angelegten gemeinschaftlichen Grundbuchblatt eingetragen werden. Dabei könne das grundstücksgleiche Kellerrecht auf dem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer eigenen Nummer gebucht werden, im Fall einer Vereinigung gem. § 890 BGB aber auch unter einer Nummer zusammen mit dem Grundstück. Im vorliegenden Fall sei das Kellerrecht jedenfalls bis zu der am 15. 12. 1964 erfolgten Umschreibung des Grundbuchs auf das Reichsmuster als eigenständiges, von dem Grundstück Plan-Nr. 1 Gemarkung S. unabhängiges Recht in dem noch nach dem alten bayerischen Muster geführten Grundbuch für S. Band . . . Blatt . . . eingetragen gewesen. In dem alten bayerischen Grundbuch seien Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte noch nicht unter eigenen Nummern eingetragen gewesen, so daß jedes in der Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses eingetragene Grundstück und grundstücksgleiche Recht ein selbständiges Grundstück bzw. grundstücksgleiches Recht darstelle. Das Grundbuchblatt für S. Band . . . Blatt . . . lasse keinen Zweifel daran zu, daß es sich bei dem in der Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen „Bierlagerkeller unter den Objekten Plan-Nr. . . der K.-Eheleute“ um ein grundstücksgleiches Recht und nicht nur um einen Teil des Beschriebs der Plan-Nr. 1 der Gemarkung S. handle. Erst seit der Umschreibung auf das nach dem Reichsmuster geführte neue Grundbuchblatt für S. Blatt . . . Blatt . . . sei der Bierlagerkeller nicht mehr gesondert, sondern bei dem Grundstück Flur-Nr. 1 der Gemarkung S. eingetragen. Das allein stehe aber der Auffassung nicht entgegen, daß das eingetragene Recht auch jetzt noch als ein grundstücksgleiches Recht eingetragen sei, da ein solches Recht auch im Fall einer Vereinigung unter derselben Nummer wie das Grundstück, mit dem es gem. § 890 BGB rechtlich vereinigt worden sei, eingetragen worden sei und damit ein Grundbuchblatt habe, auch wenn es nicht unter einer gesonderten Nummer eingetragen sei. Aber selbst wenn man das Kellerrecht als Grunddienstbarkeit ansehen würde, sei es nicht erloschen. Zwar sei es nicht im Grundbuch des dienenden Grundstücks als Belastung eingetragen. Hierauf komme es jedoch nicht an, sondern entscheidend sei vielmehr, ob das Recht überhaupt im Grundbuch eingetragen sei. Denn das Kellerrecht sei jedenfalls als Grunddienstbarkeit im Grundbuch für S. des herrschenden Grundstücks eingetragen. Auch durch Nichtausübung sei es nicht erloschen, denn der Keller bestehe nach wie vor und sei während der letzten 10 Jahre auch vom Beklagten und dessen Familie als Betriebsteil ihrer Brauerei genutzt worden.

Aus den Gründen:

Auf die Berufung war das Endurteil des AG Amberg aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Dem Beklagten steht am Grundstück Flurstück-Nr. . . der Gemarkung S. ein Kellerrecht zu.

Der Erwerb von Grunddienstbarkeiten und selbständigen grundstücksgleichen Rechten vor Anlegung des Grundbuchs richtet sich nach dem vor Inkrafttreten des BGB geltenden Zivilrecht. Die Rechtsverhältnisse an Grundstücken würden vor Inkrafttreten des BGB von der *lex rei sitae* beherrscht. In der seinerzeit selbständigen Gemeinde S. galt vor Inkrafttreten des BGB das Bayerische Landrecht vom 2. 1. 1756 mit dem Oberpfälzer Statuarrecht (von *Völderndoff*, Civilgesetzstatistik des Königreichs Bayern, 1880, I Abteilung, §§ 7, 8 B; II Abteilung D I Nr. 1). Der gültig gebliebene Teil des Oberpfälzer Statuarrechts enthielt keine

Bestimmungen in Hinblick auf Grunddienstbarkeiten und selbständige grundstücksgleiche Rechte, so daß allein das Bayerische Landrecht maßgeblich ist.

Das streitgegenständliche Kellerrecht ist ein selbständiges Eigentumsrecht gemäß Teil II Kapitel 2 §§ 1 und 5 BayLR. Aufgrund der tatsächlichen örtlichen Gegebenheit kommt ein Stockwerkeigentum gemäß Artikel 182 EGBGB oder ein uneigentliches Stockwerkeigentum gemäß Artikel 131 EGBGB nicht in Betracht, da nur ein Keller, nicht aber ein Gebäude vorliegt.

Die Auslegung des Kaufvertrags vom 10. 9. 1888 läßt nur den Schluß zu, daß es sich bei dem Kellerrecht um ein selbständiges grundstücksgleiches Recht handelt. Das ergibt sich aus der Formulierung des Vertrages:

„J. und B. K. als Eigentümer des Grund und Bodens, in welchem sich der von F. W. auf eigene Kosten erbaute und seinem Schwiegersohn M. B. bei der Gutsübergabe überwiesene Bierkeller befindet, überlassen nunmehr rechtsförmlich diesen Keller jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalte des Eigentums an allen über und neben diesem Keller befindlichen Grund und Boden an M. B. Haus-Nr. 1 in S. käuflich zum Besitz und Eigentum im Wertsanschlage von 70 Mark, zahlbar auf Verlangen, unter Haftung für Hypothekfreiheit und wird hier nach Vortrag in den öffentlichen Büchern gestattet und beantragt.“

Es sollte also an Herrn M. B. das Eigentum an dem Bierlagerkeller übertragen werden, nicht etwa nur eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit oder ein Recht auf Benutzung fremden Eigentums als Grunddienstbarkeit. Diesen in der Urkunde eindeutig zum Ausdruck kommenden Willen der seinerzeitigen Vertragsparteien entspricht nur die Auslegung, daß es sich bei dem eingeräumten Recht um ein selbständiges grundstücksgleiches Recht handelt, da dieses dem Eigentum am ehesten entspricht. Dieses selbständige grundstücksgleiche Nutzungsrecht ist auch auf den Beklagten übergegangen. Solche Kellerrechte, die vor dem Inkrafttreten des BGB begründet wurden, waren wie Grundstücke frei veräußerlich und vererblich. Gemäß Artikel 196 EGBGB kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß auf ein an einem Grundstück bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht auch nach dem Inkrafttreten des BGB und nach der Anlegung der Grundbücher (Artikel 189 Abs. 1 EGBGB) die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften und auf den Erwerb eines solchen Rechts die für den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück geltenden Vorschriften des BGB Anwendung finden. Der Vorbehalt erstreckt sich nach § 117 GBO auch auf das Grundbuchwesen. Bayern hat von diesen Vorbehalten Gebrauch gemacht: In Artikel 17 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes zur Grundbuchordnung und zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 9. 6. 1899 ist bestimmt, daß Nutzungsrechte, für die nach Landesgesetz die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, ein besonderes Grundbuchblatt nur auf Antrag oder dann erhalten, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

Danach kann ein selbständiges grundstücksgleiches Kellerrecht rechtsgeschäftlich nur übertragen werden, wenn für dieses Kellerrecht ein Grundbuchblatt besteht. Unter den Rechtsvorgängern des Beklagten fanden unstreitig mehrfach rechtsgeschäftliche Übertragungen des klagegegenständlichen Kellerrechts statt. Die Notwendigkeit des Bestehens eines Grundbuchblattes bedeutet jedoch nicht, daß es sich um ein Grundbuchblatt handeln müßte, auf dem allein das Kellerrecht eingetragen ist. Es ist unbestritten, daß auch grundstücksgleiche Rechte gemeinsam mit Grundstücken

desselben Eigentümers auf einem gem. § 4 Abs. 1 GBO angelegten gemeinschaftlichen Grundbuchblatt eingetragen werden können (*Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl. 1991, Anm. 2 zu 4). In diesem Fall stellt das gemeinschaftliche Grundbuchblatt, auf dem das grundstücksgleiche Recht eingetragen ist, das Grundbuch für das grundstücksgleiche Recht dar. Danach kann das grundstücksgleiche Kellerrecht auf dem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer eigenen Nummer gebucht werden, im Fall einer Vereinigung gem. § 890 BGB aber auch unter einer Nummer zusammen mit einem Grundstück (*Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl. 1991, Anm. 2 b zu § 5). Entscheidend ist daher allein, daß das Kellerrecht als grundstücksgleiches Recht im Grundbuch eingetragen ist. Im vorliegenden Fall war das Kellerrecht jedenfalls bis zu der am 15. 12. 1964 erfolgten Umschreibung des Grundbuchs auf das Reichsmuster als eigenständiges, von dem Grundstück Plan-Nr. 1 Gemarkung S. unabhängiges Recht in dem noch nach dem alten bayerischen Muster geführten Grundbuch für S. eingetragen. In dem alten bayerischen Grundbuch wurden die Grundstücke und grundstücksgleichen Rechte noch nicht unter eigenen Nummern eingetragen, so daß jedes in der Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses eingetragene Grundstück und grundstücksgleiche Recht ein selbständiges Grundstück bzw. grundstücksgleiches Recht darstellte (*Horber/Demharter* a. a. O., Anm. 4 a zu § 2).

Das Grundbuchblatt für S. des alten nach bayerischem Muster geführten Grundbuches läßt keinen Zweifel daran zu, daß es sich bei dem in der Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen „Bierlagerkeller unter den Objekten Plan-Nr. . . . der K.-Eheleute“ um den Eintrag eines eigenständigen grundstücksgleichen Rechtes und nicht etwa nur um einen Teil des Beschriebes der Plan-Nr. 1 der Gemarkung S. handelt.

Zwar ist seit der Umschreibung des Grundbuches auf das Reichsmuster im nunmehr geführten neuen Grundbuchblatt für S. der „Bierlagerkeller unter den Objekten Plan-Nr. . . . der K.-Eheleute in S. nicht mehr mit gesonderter Nummer, sondern bei dem Grundstück Flurstück-Nr. 1 Gemarkung S. eingetragen. Dies ist jedoch unschädlich. Denn das Kellerrecht ist auch jetzt noch als ein grundstücksgleiches Recht eingetragen, da nach § 4 GBO über mehrere Grundstücke und über mehrere grundstücksgleiche Rechte ein gemeinschaftliches Blatt geführt werden kann: zulässig ist ferner auch die Zusammenschreibung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (*Horber/Demharter*, Anm. 2 b zu § 4). Desgleichen können Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte auch mit einem anderen Grundstück vereinigt werden (*Horber/Demharter*, Anm. 2 b zu § 5). Daß der Bierlagerkeller somit nicht unter einer eigenen Nummer im Bestandsverzeichnis eingetragen ist, bedeutet also nicht, daß für ihn kein Grundbuch mehr existiert und er deshalb nicht mehr — wie mit Vertrag vom 24. 6. 1969 geschehen — rechtsgeschäftlich hätte übereignet werden können.

Da somit der Beklagte ein selbständiges grundstücksgleiches Nutzungsrecht in Form eines Kellerrechts am Grundstück Flurstück-Nr. . . . der Gemarkung S. der Kläger hat, war auf die Berufung des Beklagten hin das amtsgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Übertragung selbständiger Kellerrechte vgl. BayObLG MittBayNot 1991, 256.

15. BGB § 1287 S. 2; GBO § 22; VermG § 3 Abs. 1 S. 2, §§ 18 a, 33 Abs. 3, § 34 Abs. 1 und 2 (*Rückverpfändung eines Restitutionsanspruchs*)

Die Rückverpfändung eines abgetretenen Restitutionsanspruchs hat zur Folge, daß mit der Bestandskraft des Bescheides auf Rückübertragung eine Sicherungshypothek entsteht.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Dresden, Beschluß vom 15.11.1993 — 2 T 300/93 —

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch von . . . , Blatt . . . , ist in der Abt. I unter der lfd. Nr. 1 a Frau X unter der lfd. Nr. 1 b Eigentum des Volkes: Rechts-träger: VEB Kommunale Wohnungsverwaltung der Stadt Y mit je zu 1/2 Miteigentum eingetragen. Mit UrNr. 1064/1992 hat Frau X ihren Anteil an die Beteiligte zu 1) verkauft.

Mit weiterer UrNr. 1067/92 haben Frau X und A ihren beim Vermögensamt anhängigen Restitutionsanspruch auf einen Miteigen-tumsanteil zu je 1/4 an oben genanntem Grundstück an die Betei-ligte zu 1) verkauft und abgetreten. Zur Sicherung des Kaufpreises wurde mit gleicher Urschrift der abgetretene Restitutionsanspruch an die Verkäufer mit gleicher UrNr. rückverpfändet.

Unter Abschnitt V.3 der UrNr. 1067/1992 wurde darüberhinaus folgende Vereinbarung getroffen:

„Der Verkäufer und Pfandrechtsgläubiger stimmt der Übertragung des unter Abschnitt I.1 dieser Urkunde bezeichneten Grundstücks durch Entscheidung gem. § 34 Abs. 1 VermG an den Käufer unter der Bedingung zu, daß das zuständige Amt zur Regelung offener Vermögensfragen in der Entscheidung ausdrücklich feststellt, daß das rückübertragene Eigentum durch die gem. § 1287 BGB ent-stehende Sicherungshypothek belastet ist und in dem von der Behörde gem. § 34 Abs. 2 zu stellenden Grundbuchberichtigungs-antrag das Grundbuchamt ausdrücklich anweist, die Sicherungs-hypothek im Grundbuch an erster Rangstelle einzutragen.“

Mit Schriftsatz vom 18. 1. 1993 hat der Notar beantragt, entspre-chend der in UrNr. 1067/1992 getroffenen Vereinbarung eine Siche-rungshypothek im Grundbuch von . . . , Blatt . . . einzutragen.

Mit Beschluß vom 8.2.1993 hat das Amtsgericht Dresden — Grundbuchamt — den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, daß eine Sicherungshypothek entstehe, wenn die Leistung in der Übertragung eines Grundstückes bestehe. Dies sei nicht der Fall, wenn Restitutionsansprüche verkauft würden. Hinzu komme, daß eine Sicherungshypothek immer nur am Grundstück des Eigentümers entstehen könne. Es fehle folglich auch immer an der Voreintragung des Betroffenen, da der Verkäufer des Restitu-tionsanspruches nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sei.

Gegen diese Entscheidung hat der Notar mit Schriftsatz vom 14. 2. 1993 namens des Verkäufers Erinnerung eingelegt.

Weder Rechtspfleger noch Grundbuchrichterin haben der Erinne-rung abgeholfen. Mit Verfügung vom 12. 3. 1993 hat die Grund-buchrichterin die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorge-legt.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde anzusehende Erinnerung des Notars gegen die Entscheidung des Amtsgerichts Dresden — Grundbuchamt — vom 8. 2. 1992 ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Das Grundbuchamt hat die beantragte Sicherungshypothek an o. g. Grundstück einzutragen, wenn der Restitutions-ananspruch bestandskräftig geworden ist.

Ansprüche auf Rückübertragung, Rückgabe oder Entschädigung können, wie § 3 Abs. 1 S. 2, 1. Hs VermG klar-stellt, auch verpfändet werden. Die Verpfändung dieser Ansprüche erfolgt entsprechend §§ 1273 ff. BGB nach den Regeln für Pfandrechte an Rechten. Gem. § 1279 BGB

gelten für das Pfandrecht an einer Forderung die besonde-ren Vorschriften der §§ 1280 bis 1290 BGB.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des BGB auf öffentlich-rechtliche Ansprüche, zu denen auch der ver-mögensrechtliche Anspruch gem. § 3 Abs. 1 VermG gehört, ist grundsätzlich möglich (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 52. Aufl., § 398 Rdnr. 2 m. w. N.).

Ob dies auch für die §§ 1281, 1282 BGB gilt, kann hierbei offen bleiben. Entsprechende Anwendung muß jedenfalls § 1287 S. 2 BGB finden.

Gem. §§ 33 Abs. 3, 34 Abs. 1, 18 a VermG hat die bestands-kräftige Entscheidung des Amtes zur Regelung offener Ver-mögensfragen über einen Restitutionsanspruch zur Folge, daß das Eigentum auf den Berechtigten übergeht. Berech-tigter im Sinne des Vermögensgesetzes ist auch der Rechts-nachfolger eines Restitutionsberechtigten.

Bei der Eigentumseintragung, die auf Ersuchen des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen erfolgt, handelt es sich folglich nur um eine Grundbuchberichtigung (§ 34 Abs. 2 VermG).

Gem. § 1287 BGB erwirbt der Pfandgläubiger eine Siche-rungshypothek, falls der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB leistet und die Leistung in der Über-tragung des Eigentums an einem Grundstück besteht. Diese Sicherungshypothek entsteht mit Eintragung des Gläubi-gers als neuer Eigentümer kraft Gesetzes.

Bei der Rückübertragung nach dem VermG tritt an die Stelle der Eintragung des Gläubigers als Eigentümer die Unanfechtbarkeit des Bescheides des Vermögensamtes. Trotz der konstruktiven Unterschiede bei der Eigentums-entstehung kann das Vorliegen eines Leistungstatbestandes im Rahmen der entsprechenden Anwendung von § 1287 S. 2 BGB im Wege der Analogie überwunden werden. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck dieser Regelung und daraus, daß der Gesetzgeber die Verpfändung des Restitutionsanspru-ches ausdrücklich normiert hat.

Mit der Unanfechtbarkeit des Bescheides entsteht folglich die Sicherungshypothek. Die Eintragung der Sicherungs-hypothek ist daher auch nur deklaratorischer Natur und mit Bestandskraft des Bescheides im Wege der Grundbuch-berichtigung gem. § 22 GBO einzutragen. . . .

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur Eintragung der Sicherungshypothek den durch das Registereverfahrensbeschleunigungsgesetz eingefügten § 34 Abs. 2 Satz 2 VermG (BGBl. I, S. 2225) und hierzu den Beitrag von *Vossius* in diesem Heft, S. 17 Fn. 104.

16. BetrAVG § 1; VVG § 166 (*Berücksichtigung von vom Arbeitgeber abgeschlossenen Lebensversicherungen im Zugewinnausgleich*)

1. Eine vom Arbeitgeber zur betrieblichen Altersversor-gung abgeschlossene Kapital-Direktversicherung ist beim Zugewinnausgleich zu berücksichtigen, wenn dem Arbeitnehmer ein unwiderrufliches Bezugsrecht einge-räumt worden ist.
2. Bei widerruflichem Bezugsrecht erfolgt eine Einbezie-hung in die Berechnung des Zugewinns zumindest dann, wenn die Versorgungsanwartschaft unverfallbar ist.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

BGH, Urteil vom 9. 6. 1993 — XII ZR 36/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie haben im gesetzlichen Güterstand gelebt. Der Scheidungsantrag, auf den hin die Ehe geschieden worden ist, ist am 5. 1. 1988 zugestellt worden.

Der Beklagte hat vorprozessual an die Klägerin zum Ausgleich des Zugewinns 59.455,97 DM gezahlt. Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage weitere 18.333,51 DM (zuzüglich Zinsen) geltend. Die Parteien streiten nur noch darüber, ob eine Kapital-Lebensversicherung bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs zu berücksichtigen ist. Diese Versicherung hat eine GmbH, an der der Beklagte beteiligt ist und deren Mitgeschäftsführer er ist, im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung auf das Leben des Beklagten abgeschlossen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht:

1. Das Berufungsgericht geht von dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. 3. 1984 (IX ZR 69/83 — FamRZ 1984, 666 = NJW 1984, 1611) aus, in dem der IX. Zivilsenat entschieden hat, daß sich aus einer vom Arbeitgeber zur betrieblichen Altersversorgung abgeschlossenen Kapital-Direktversicherung für den widerruflich bezugsberechtigten Arbeitnehmer keine beim Zugewinnausgleich bewertbaren Anrechte ergeben. Das Berufungsgericht führt aus, es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob es sich bei der streitigen Lebensversicherung um eine solche Direktversicherung handele oder um eine sogenannte Rückdeckungsversicherung, bei der das Bezugsrecht beim Arbeitgeber bleibe und die regelmäßig abgeschlossen werde, um Bilanzrückstellungen für eine später zu zahlende Betriebsrente zu ersetzen. Da bei der Rückdeckungsversicherung dem Arbeitnehmer aus der Versicherung keinerlei Rechte zustünden, könne sie erst recht nicht beim Zugewinnausgleich berücksichtigt werden.

2. Die Revisionserwiderung meint demgegenüber, das Berufungsgericht habe nicht offengelassen, ob eine Direktversicherung oder eine Rückdeckungsversicherung vorliege, es sei vielmehr von einer Rückdeckungsversicherung ausgegangen. Das ist nicht zutreffend. (*Wird ausgeführt.*)

3. Die Feststellungen des Berufungsgerichtes rechtfertigen nicht den Schluß, es könne offenbleiben, ob eine Direktversicherung vorliegt oder nicht. Liegt nämlich eine Direktversicherung vor, so kommt eine Berücksichtigung bei der Berechnung des Zugewinns in Betracht.

a) Bei einer Direktversicherung kann das Bezugsrecht des Arbeitnehmers widerruflich oder — entgegen der abdingbaren Regelung des § 166 VVG — unwiderruflich ausgestaltet werden. Ist dem Arbeitnehmer in dem Versicherungsvertrag ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt worden, so hat er einen rechtlich geschützten, hinreichend gesicherten Wert erlangt, der bei der Berechnung seines Zugewinns zu berücksichtigen ist (vgl. BGHZ 117, 70, 72 [= DNotZ 1993, 518]). Handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Direktversicherung, so fehlen Feststellungen dazu, ob das Bezugsrecht des Beklagten widerruflich oder unwiderruflich ist.

b) Die Berücksichtigung einer Direktversicherung bei der Berechnung des Zugewinns des Beklagten wäre aber auch dann nicht zwingend ausgeschlossen, wenn sein Bezugsrecht widerruflich wäre.

Der Senat hat in einem Urteil vom 15. 1. 1992, das zwar vor Verkündung des Berufungsurteils ergangen ist, dem Berufungsgericht aber noch nicht bekannt sein konnte, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung entschieden, daß die unverfallbare Anwartschaft aus einer als Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung abgeschlossenen Kapital-Lebensversicherung auch dann bei der Berechnung des Zugewinns des versicherten Ehegatten zu berücksichtigen ist, wenn dessen Bezugsrecht widerruflich ist (BGHZ a. a. O., 70 f.; Urteil vom 20. 5. 1992 — XII ZR 255/90 — FamRZ 1992, 1155, 1156 f.). Die Versorgungsanwartschaft, die sich aus einer Direktversicherung ergibt, wird „unverfallbar“, wenn der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 BetrAVG schuldrechtlich verpflichtet ist, von der versicherungsrechtlich weiterbestehenden Möglichkeit, das Bezugsrecht des Arbeitnehmers zu widerrufen, keinen Gebrauch mehr zu machen.

4. Der Senat ist mangels ausreichender Feststellungen nicht in der Lage zu beurteilen, ob die streitige Lebensversicherung eine Direktversicherung ist oder nicht. Es fehlen Feststellungen darüber, wer nach dem Versicherungsvertrag bezugsberechtigt ist. Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es die notwendigen Feststellungen nachholen kann. Außerdem muß es, falls der Beklagte bezugsberechtigt ist, Feststellungen dazu treffen, ob das Bezugsrecht des Beklagten widerruflich ist und ob die tatsächlichen Voraussetzungen für den Eintritt der Unverfallbarkeit nach § 1 BetrAVG vorliegen (zur Feststellung des Wertes einer unverfallbaren Anwartschaft aus einer Direktversicherung vgl. BGHZ a. a. O. S. 80 f.).

5. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin: Es gibt Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte möglicherweise nicht zu dem Kreis der Versorgungsberechtigten gehört, die unter das Betriebsrentengesetz fallen. Der Beklagte ist einer von drei Geschäftsführern einer GmbH, an der er beteiligt ist. Zwar fallen Organpersonen rechtsfähiger Gesellschaften nicht ohne weiteres aus dem Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes heraus. Das Gesetz ist aber nicht anzuwenden auf Gesellschafter-Geschäftsführer, die allein oder zusammen mit anderen Gesellschafter-Geschäftsführern eine Beteiligungsmehrheit halten und nach der Verkehrsanschauung ihr eigenes Unternehmen leiten (BGHZ 77, 94, 97 ff.; BGH, Urteil vom 25. 9. 1989 — II ZR 259/88 — DB 1989, 2425; Senatsbeschuß vom 13. 1. 1993 — XII ZB 75/89 — FamRZ 1993, 684, 686). Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, daß der Beklagte nicht allein über eine Wahrheitsbeteiligung verfügt, es hat aber keine Feststellungen dazu getroffen, ob und in welchem Umfang die beiden anderen Geschäftsführer an der GmbH beteiligt sind.

Sollte das Betriebsrentengesetz auf die streitige Kapital-Lebensversicherung nicht anwendbar sein, so könnte ein dem Beklagten zustehendes widerrufliches Bezugsrecht nicht nach § 1 BetrAVG unverfallbar geworden sein. In diesem Falle wäre zu prüfen, ob der Beklagte nicht (trotz der Widerruflichkeit seines Bezugsrechts und obwohl es nicht unverfallbar geworden ist) deshalb eine beim Zugewinn zu berücksichtigende, hinreichend gesicherte vermögenswerte Rechtsposition erlangt hat, weil er und die anderen Gesellschafter-Geschäftsführer praktisch in eigener Sache entscheiden könnten, ob die GmbH von dem Widerrufsrecht Gebrauch macht oder nicht.

Da bei dem derzeitigen Stand des Verfahrens ungewiß ist, ob diese Frage Bedeutung gewinnen wird, sieht der Senat keine Veranlassung, sich mit ihr abschließend zu befassen.

17. BGB § 138; BSHG §§ 2, 92 c (*Wirksamkeit eines Testaments zugunsten eines Behinderten*)

Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, auf Kosten der Sozialhilfe untergebrachtes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen und dieses zum Vollerben auch des übrigen Nachlasses bestimmen, verstößt nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB, auch soweit dadurch der Träger der Sozialhilfe Kostenersatz nicht erlangt.

BGH, Urteil vom 20. 10. 1993 — IV ZR 231/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger leistet Sozialhilfe für die unheilbar psychisch kranke Frau X, die in einem Pflegeheim untergebracht ist. Für ihren Unterhalt war ihre Mutter bis zu deren Tod am 9. 2. 1987 aufgenommen; die Behinderte war beim Erbfall 52 Jahre alt. Im Hinblick auf den Beschluß des Verwaltungsgerichtshofs ... vom 8. 12. 1989 — ... — erhält die Behinderte Sozialhilfe gem. § 89 BSHG als Darlehen; zu dessen Sicherung hat sie im voraus eventuelle Ansprüche auf ihren Anteil am Nachlaß ihrer Mutter abtreten müssen, die ihr zustehen würden, wenn der Erbvertrag nichtig wäre, den die Mutter mit ihrem einzigen weiteren Kind, dem Bruder der Behinderten, am 2. 2. 1984 geschlossen hat. Der Kläger hat Klage erhoben auf Feststellung der Nichtigkeit des Erbvertrages.

Darin ist der Sohn mit einer Quote von 72% zum Erben eingesetzt worden. Hinsichtlich der restlichen 28% ist die behinderte Tochter als (nicht befreite) Vorerbin eingesetzt worden; Nacherbe beim Tod der Vorerbin ist der Sohn. Weiter hat die Erblasserin angeordnet, daß die Tochter ihren Erbteil in Gestalt von Wertpapieren und Bargeld erhält. In diesem Zusammenhang ist bestimmt, daß der Sohn, dem die Erblasserin nach dem Tod des vorverstorbenen Vaters das elterliche Apothekengrundstück gegen Rentenzahlungen übertragen hatte, hierfür eine Ausgleichung zu leisten habe. Für die Verwaltung des Erbteils der Tochter hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung bis zum Tod ihrer Tochter angeordnet. Der Testamentsvollstrecker hat der Behinderten ein monatliches Taschengeld zu gewähren, mindestens vier Wochen Urlaub im Jahr in einem Behinderten- oder sonstigen Erholungsheim zu ermöglichen, Anschaffungskosten für Kleidung, Einrichtungsgegenstände und andere Güter des persönlichen Bedarfs zu bestreiten und, soweit es der Gesundheitszustand der Tochter erfordert, für ihre Unterbringung in einem Einzelzimmer zu sorgen. Nach dem Willen der Erblasserin entfallen diese Zahlungsverpflichtungen jedoch, wenn sie auf Sozialhilfeleistungen angerechnet werden. Zum Testamentsvollstrecker hat sie den Beklagten bestimmt.

Nach dem Tod der Mutter haben die Tochter, vertreten durch ihren Ergänzungspfleger, der Sohn und der Beklagte den mit weniger als 460.000 DM zu bewertenden Nachlaß mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auseinandergesetzt. Dabei erhielt die Tochter Wertpapiere und Bankguthaben im Wert von rund 114.000 DM. Der Ergänzungspfleger hat mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts davon abgesehen, die Erbschaft auszuschlagen und Pflichtteilsansprüche geltend zu machen.

Der Kläger hält den Erbvertrag für sittenwidrig. Er benachteilige die Tochter gegenüber dem Sohn, entziehe ihren Erbteil dem Zugriff des nachrangig verpflichteten Trägers der Sozialhilfe und erhalte ihn statt dessen für den Sohn. Nach Auffassung des Landgerichts ist lediglich die Anordnung der Nacherbfolge nichtig, weil dadurch der Zugriff des Klägers auf den Erbteil der Tochter auch nach deren Tod vereitelt werde; im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen; auf die Anschlußberufung des Beklagten hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; er verfolgt seine eigene Berufung nicht weiter. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

I. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger mit Zustimmung des Beklagten klargestellt, daß sich die Klage von Anfang an sowohl gegen den Beklagten persönlich als auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gerichtet hat.

Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen auch nach Beschränkung der Revision auf die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Wirksamkeit der Nacherbfolge keine durchgreifenden Bedenken. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO), ob der Beklagte als Testamentsvollstrecker zu Lebzeiten der Behinderten bei der Verwaltung ihres Erbteils auf Rechte ihres Bruders als Nacherben Rücksicht nehmen und an wen er den Nachlaß herausgeben muß, wenn sein Amt beim Tod der Behinderten endet. Die Zulässigkeit der Klage war in den Vorinstanzen unter dem Gesichtspunkt des § 256 Abs. 1 ZPO nicht zweifelhaft; sie ist insoweit jedenfalls im Revisionsverfahren nicht entfallen.

II. Abgesehen von der Frage nach der Wirksamkeit der Nacherbfolge ist das Berufungsurteil durch die Beschränkung der Revision rechtskräftig geworden. Damit steht die Wirksamkeit des Erbvertrages im übrigen fest. Soweit die Anordnung der Nacherbfolge mit der Begründung als sittenwidrig angesehen wird, sie benachteilige die behinderte Tochter gegenüber dem Sohn, verneint das Berufungsgericht einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB mit Recht. Dabei geht es zutreffend vom Grundsatz der Testierfreiheit aus, die unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG steht (BGHZ 111, 36, 39 [= MittBayNot 1990, 245]). Die damit im Erbrecht gewährleistete Privatautonomie findet ihre sozialstaatlich und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht, das den nächsten Angehörigen des Erblassers einen Mindestanteil an seinem Vermögen sichert.

1. Angesichts der im Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen der Erblasserin blieb der Tochter das Recht unbenommen, gem. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB den Pflichtteil zu verlangen. Sie hätte dazu den ihr zugeordneten, durch Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge beschränkten Erbteil ausschlagen müssen. Der Nachlaß der Erblasserin ist hier zwar nicht so bescheiden wie in dem Fall, der der Senatsentscheidung BGHZ 111, 36 ff., zugrunde lag. Er ist aber auch nicht so groß, daß die Versorgung der Behinderten allein mit ihrem Pflichtteil auf Lebenszeit sichergestellt wäre. Sie wäre vielmehr mit dem Pflichtteil nur „eine Zeitlang“ in der Lage gewesen, für sich selbst zu sorgen, wie der Verwaltungsgerichtshof festgestellt hat. Das lag jedoch nach Auffassung ihres Ergänzungspflegers und des Vormundschaftsgerichts nicht in ihrem wohlverstandenen Interesse. Durch die im Erbvertrag getroffene Regelung gelangt die Behinderte dagegen auf Dauer sowohl in den Genuß der Sozialhilfeleistungen als auch zusätzlicher Annehmlichkeiten und Vorteile, die als Schonvermögen im Sinne von § 88 Abs. 2 BSHG nicht dem Zugriff des Klägers unterliegen. Damit verschafft der Erbvertrag der behinderten Tochter im vorliegenden Fall also eine günstigere Rechtsstellung, als sie durch das Pflichtteilsrecht gewährleistet wird.

2. a) Dieses Ziel, die Lebensbedingungen der Behinderten über die von der Sozialhilfe gewährleistete Versorgung hinaus durch zusätzliche Annehmlichkeiten und Vorteile zu verbessern, wäre indessen schon allein durch die Anord-

nung der Testamentsvollstreckung bezüglich des Erbteils der Tochter zu erreichen gewesen. Damit war gem. § 2214 BGB ein Zugriff des Klägers als Eigengläubigers der Erbin auf die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände ausgeschlossen (vgl. BGHZ 111, 36, 43). Die Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker kann auf Lebenszeit des Erben, insoweit also auch über die Dauer von 30 Jahren hinaus, angeordnet werden (§ 2210 Satz 2 BGB). Der Kläger hätte sich dann aber nach dem Tod der behinderten Sozialhilfeempfängerin an ihren Nachlaß halten können.

Dies wird erst durch die Nacherbfolge verhindert, die beim Tod der Vorerbin deren Rechte am Nachlaß erlöschen läßt. Von diesem Zeitpunkt an wird der Nacherbe zum Erben der Erblasserin. Damit entgeht der Nachlaß den Eigengläubigern der Vorerbin und ihren Erben endgültig.

b) Mit dem Erbvertrag hat die Erblasserin damit neben einer Begünstigung ihrer Tochter noch weitere Zwecke verfolgt (vgl. zu Mustervorschlägen für Behindertentestamente *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rdnr. 1048; *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. D Rdnr. 276 ff.; *Reithmann/Röll/Geßele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. Rdnr. 1112 ff.). Im vorliegenden Fall ist aber nicht ersichtlich, daß mit diesen weiteren Zwecken eine für die behinderte Tochter ins Gewicht fallende Benachteiligung verbunden wäre. Nachkommen hat sie nicht. Daß Eltern bei der Erbfolge das gesunde Kind und seinen Stamm bevorzugen, wie dies im vorliegenden Fall schon durch die größere Erbquote und zusätzlich durch die Nacherbfolge des Sohnes auch in den der behinderten Schwester hinterlassenen Erbteil zum Ausdruck kommt, reicht für sich genommen angesichts der lebzeitigen Versorgung der Tochter und des Grundsatzes der Testierfreiheit nicht aus, das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen.

c) Dies gilt unabhängig davon, ob die Erblasserin zu ihren Lebzeiten der Tochter für die Heimunterbringung mehr hat zukommen lassen als dem Sohn für seine akademische Ausbildung und ob der Sohn zusätzlich zu den bei Übernahme der Apotheke vereinbarten Zahlungen zum Unterhalt der Erblasserin und seiner behinderten Schwester und damit zum Erhalt der Substanz des Familienvermögens beigetragen hat. Die gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen der Revision können daher auf sich beruhen.

Die Nacherbfolge benachteiligt die Behinderte auch nicht etwa dadurch unzumutbar, daß unter Umständen die Zustimmung ihres Bruders zur Veräußerung von Nachlaßgegenständen erforderlich sein könnte. Im vorliegenden Fall hat sie aufgrund der Erbauseinandersetzung kein Immobilienvermögen erhalten, so daß die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB nicht eingreift. Sie muß den aus Wertpapieren und Bankguthaben bestehenden Nachlaß aber in der Substanz erhalten und dazu auf Verlangen des Nacherben gem. §§ 2116 ff. BGB sichern. Wenn die Leistungen, die der Testamentsvollstrecker nach dem Erbvertrag zugunsten der Behinderten zu erbringen hat, nicht aus den Nutzungen der Vorerbschaft bestritten werden können, dürfte der Testamentsvollstrecker jedoch wie für die Erfüllung anderer Nachlaßverbindlichkeiten gem. §§ 2126, 2124 Abs. 2 Satz 1 BGB berechtigt sein, Nachlaßgegenstände zu veräußern. Die der Behinderten im Erbvertrag zugeordneten Leistungen können insoweit (auch) als Vermächtnis gewertet werden, das die Nacherbschaft beschwert.

III. Mit Recht hält das Berufungsgericht die Anordnung der Nacherbfolge auch nicht deshalb für nichtig, weil sie den Zugriff des Klägers auf den Nachlaß nach der Mutter vereitelt.

1. Dabei ist von dem Gedanken auszugehen, daß die behinderte Tochter durch den Erbvertrag über die Sozialhilfe hinaus auf Lebenszeit nicht unerhebliche zusätzliche Vorteile und Annehmlichkeiten erhält, die bei einem Absinken des heute erreichten Standes der Sozialleistungen für Behinderte noch wichtiger werden könnten. Der Senat hat bereits in seinem Urteil BGHZ 111, 36, 42 darauf hingewiesen, daß Eltern auf diese Weise gerade der zuvörderst ihnen zukommenden sittlichen Verantwortung für das Wohl ihres Kindes Rechnung tragen und nicht verpflichtet sind, diese Verantwortung dem Interesse der öffentlichen Hand an einer Teildeckung ihrer Kosten hintanzusetzen. Dieser Gedanke hat allgemeine Zustimmung erfahren (*Hohloch*, JuS 1990, 937, 938; *Otte*, JZ 1990, 1027, 1028; *Schubert*, JR 1991, 106, 107; *Krampe*, AcP 191, 526, 559; *Pieroth*, NJW 1993, 173).

Mit der Anordnung der Nacherbfolge in den der Behinderten hinterlassenen Erbteil wird aber bezweckt, daß das elterliche Vermögen beim Tod der Behinderten nicht in deren Nachlaß fällt und infolgedessen auch nicht gem. § 92 c BSHG zum Ersatz von Kosten der Sozialhilfe herangezogen werden kann. Das Berufungsgericht weist insoweit jedoch mit Recht darauf hin, daß dem Sozialhilferecht weder ein gesetzliches Verbot einer solchen Gestaltung der Erbfolge noch auch nur ein Schutzzweck des Inhalts entnommen werden kann, dem Träger der Sozialhilfe müsse der Zugriff auf das Vermögen der Eltern eines Hilfeempfängers spätestens bei dessen Tod gesichert werden (zustimmend *Kuchinke*, FamRZ 1992, 362).

a) Mit der durch das 2. Änderungsgesetz vom 14. 8. 1969 (BGBl. I S. 1153) eingeführten Bestimmung des § 92 c BSHG wollte der Gesetzgeber lediglich vermeiden, daß § 88 Abs. 2 und 3 BSHG, die bestimmte Teile des Vermögens des Hilfeempfängers und seiner in §§ 11 und 28 BSHG genannten Angehörigen (insbesondere ein angemessenes Hausgrundstück) vom Einsatz für die Lebenshaltungskosten des Hilfsbedürftigen verschonen, über dessen Tod hinaus zugunsten seiner Erben wirken (BT-Drs. V/3495 vom 12. 11. 1968, S. 16; BVerwG, FEVS 37 Nr. 1 S. 5). Gem. §§ 11, 28 BSHG kommt es auf das Einkommen und Vermögen der Eltern nur an, wenn Sozialhilfe (abgesehen von weiteren Voraussetzungen) für ein minderjähriges, unverheiratetes Kind in Frage steht. Zu der durch §§ 11, 28 BSHG geschaffenen Bedarfsgemeinschaft gehörte die Erblasserin im vorliegenden Fall also bei Abschluß des Erbvertrages schon lange nicht mehr. Anders als für Erben eines Ehegatten des Hilfeempfängers statuiert § 92 c BSHG eine Kostenersatzpflicht für Erben der Eltern des Hilfeempfängers auch dann nicht, wenn sie unter §§ 11, 28 BSHG fallen. Mithin hat der Gesetzgeber die Bedarfsgemeinschaft mit den Eltern schon bei Volljährigkeit des bedürftigen Kindes gelockert (vgl. jedoch § 91 BSHG) und nicht über den Tod der Eltern hinaus aufrechterhalten (*van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2857).

b) § 92 c BSHG trifft eine Sonderregelung, die nur eine begrenzte Inanspruchnahme von durch Erbgang übergegangenem Vermögen eröffnet (BVerwG, a. a. O. S. 6). Gem. § 92 Abs. 1 BSHG besteht eine Verpflichtung zum Kostenersatz nur in den Fällen der §§ 92 a und c BSHG. Damit liegt eine abschließende Regelung vor (*Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG 14. Aufl. § 92 Rdnr. 11 m. w. N.; *Knopp/Fichtner*, BSHG 7. Aufl. § 92 Rdnr. 3; § 92 c Rdnr. 2).

Eine Erstreckung von § 92 c BSHG auf Umgehungsversuche kommt demnach nur im Rahmen seines engen Anwendungsbereichs in Betracht, etwa wenn der Hilfeempfänger sein Schonvermögen angesichts seines bevorstehenden Todes seinen Erben zur Vermeidung des Kostenersatzes gem. § 92 c BSHG schenkt (VG Freiburg, Zeitschr. für das Fürsorgewesen 1980, 15 ff.; Bundessozialhilfegesetz, Lehr- und Praxiskommentar [LPK-BSHG], § 92 c Rdnr. 8). Von einer rechtswidrigen Umgehung des § 92 c BSHG durch letztwillige Verfügungen der Eltern des Hilfeempfängers kann jedoch nicht die Rede sein, weil das von ihnen hinterlassene Vermögen, soweit es nicht um eine Haftung für sozialhilferechtliche Verbindlichkeiten der Eltern selbst geht, ohnehin nicht der in § 92 c BSHG vorgesehenen Kostenersatzpflicht der Erben des Hilfeempfängers und seines Ehegatten unterliegt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Eltern ihr behindertes Kind zum Vorerben einsetzen. Dadurch wird der Nacherbe nicht zum Erben des Vorerben. Der Begriff „Erbe“ in § 92 c BSHG entspricht dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs und verweist auf die dort getroffenen Regelungen (BVerwGE 66, 161, 163).

Da § 92 c BSHG den Nachlaß der Eltern nicht mit einer Kostenerstattungspflicht für nach deren Tod dem behinderten Kind erbrachte Sozialleistungen belastet, können Eltern ihren Nachlaß an dem bedürftigen Kind vorbeileiten, ohne sich mit Wortlaut und Zweck des § 92 c BSHG in Widerspruch zu setzen. Sie machen insoweit vielmehr von einer ihnen offenstehenden Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch.

2. Die Nichtigkeit der Nacherbfolge läßt sich auch nicht auf den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe stützen (Subsidiaritätsprinzip, §§ 2 BSHG, 9 SGB I).

a) Dieser Grundsatz ist im Bundessozialhilfegesetz in erheblichem Maße durchbrochen (BGHZ 111, 36, 42). Der Gesetzgeber respektiert nicht nur das Schonvermögen des Hilfsbedürftigen, seines Ehegatten und seiner Eltern (§§ 11, 28, 88 Abs. 2 BSHG), sondern verlangt für die Hilfe in besonderen Lebenslagen auch den Einsatz des Einkommens nur innerhalb der Zumutbarkeitsgrenzen der §§ 79 ff. BSHG. Auch ohne weiteres durchsetzbare Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht werden nur in begrenztem Umfang gem. § 91 Abs. 1 und 3 BSHG übergeleitet. Der Gesetzgeber hat den Nachrang der Sozialhilfe je nach Art der Hilfeleistung differenziert und nicht überall beibehalten. Damit hat er dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Prägekräft weithin genommen (*van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 235; *Schulte*, NJW 1989, 1241, 1246; *Schubert*, JR 1991, 106; *Kuchinke*, FamRZ 1992, 362).

Darüber hinaus berücksichtigt das Gesetz jedenfalls im Blick auf Behinderte ein dem Subsidiaritätsgrundsatz gegenläufiges Prinzip, nämlich das Familienlastenausgleichs (*van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 251; *Schulin*, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages 1992, Bd. I, Gutachten E S. 85 f., 117). Deutlich wird dies insbesondere, wenn § 43 Abs. 2 BSHG die in § 28 BSHG genannten Personen bei bestimmten Eingliederungsmaßnahmen zugunsten jüngerer Behinderter unter 21 Jahren nur für die Kosten des Lebensunterhalts aufkommen läßt und sie im übrigen vom Einsatz des Einkommens und des Vermögens freistellt. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, die Eltern behinderter Kinder mit den Eltern nicht behinderter Kinder

wirtschaftlich gleichzustellen; Eltern behinderter Kinder sollen nicht durch wirtschaftliche Belastungen in ihrer unentbehrlichen aktiven Mitwirkung an der Eingliederung ihrer Kinder in die Gesellschaft erlahmen (BVerwGE 48, 228, 234).

b) Danach bietet das Bundessozialhilfegesetz keine Grundlage für die Auffassung, ein Erblasser müsse aus Rücksicht auf die Belange der Allgemeinheit seinem unterhaltsberechtigten, behinderten Kind jedenfalls bei größerem Vermögen entweder über den Pflichtteil hinaus einen Erbteil hinterlassen, um dem Träger der Sozialhilfe einen gewissen Kostenersatz zu ermöglichen, oder zumindest eine staatlich anerkannte und geförderte Behindertenorganisation als Nacherben einsetzen, damit der Nachlaß auf diesem Weg zur Entlastung der öffentlichen Hand beitrage (wie im Fall, der der Senatsentscheidung BGHZ 111, 36 ff., zugrunde lag; für eine derartige Verpflichtung des Erblassers aber *Köbl*, ZfSH/SGB 1990, 449, 465; *Schubert*, JR 1991, 107). Im Gegenteil trägt der Gesetzgeber jedenfalls mit § 43 Abs. 2 BSHG selbst dem Gedanken Rechnung, daß neben der Familie die Gesellschaft insgesamt unmittelbar für die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten aufzukommen hat. Grund hierfür ist, daß Kinder die Existenz der Gesellschaft sichern. Die öffentliche Verantwortung ist in besonderem Maße gefordert, wenn es um eine gerechte Verteilung der schwerwiegenden Belastungen durch behinderte Kinder auch im Verhältnis zu Eltern mit nicht behinderten Kindern geht. Wieweit Eltern selbst für ihr behindertes Kind aufkommen müssen und wieweit ihnen wirtschaftliche Lasten von der Allgemeinheit abgenommen werden, liegt zwar im Ermessen des Gesetzgebers (so zum Familienlastenausgleich allgemein BVerfGE 82, 60 = NJW 1990, 2869 unter C II 2 b; BVerfGE 87, 1, 35 f. = NJW 1992, 2213 unter C II 1). Die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung kann aber nicht danach beurteilt werden, wie verantwortungsbewußte Eltern testieren würden, wenn der Gesetzgeber die ihm obliegende öffentliche Verantwortung nicht wahrgenommen hätte und es die bestehenden Ansprüche nach dem Bundessozialhilfegesetz nicht gäbe.

c) Darüber hinaus wäre eine Einschränkung der Testierfreiheit ein Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie im Erbrecht (BGHZ 111, 36, 39). Zwar können Inhalt und Schranken dieses Grundrechts durch die Gesetze bestimmt werden (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Dabei ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt, auf unbestimmte, der Ausfüllung bedürftige Rechtsbegriffe und Generalklauseln zurückzugreifen. Die Vorschriften müssen aber im Hinblick auf das Grundrecht, das sie einschränken, so genau gefaßt sein, wie es nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Bestimmtheitsgrundsatz, BVerfGE 49, 168 = NJW 1978, 2446 unter B I 1 a; BVerfGE 56, 1, 12 = NJW 1981, 1311 unter C I 1 a). Ferner muß der Eingriff in das Grundrecht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein (BVerfGE 67, 329 = NJW 1985, 1455 unter B II 1 a).

Im Lichte dieses Verständnisses wäre eine Einschränkung der Testierfreiheit durch Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB nur in Betracht zu ziehen, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte. Weder das eine noch das andere liegt hier jedoch vor. Dem Bundessozialhilfegesetz läßt sich gerade für Behinderte keine in diesem Sinne konsequente

Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen. Es fehlt auch an einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß Eltern ihrem behinderten Kind jedenfalls von einer gewissen Größe ihres Vermögens an einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müßten, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt (dagegen außer dem Berufungsgericht auch *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2857; *Otte*, JZ 1990, 1027, 1028; *Krampe*, AcP 191, 526, 560; *Kuchinke*, FamRZ 1992, 362 f.; *Pieroth*, NJW 1993, 173, 178). Der Gesetzgeber hat in § 2338 BGB dem Erblasser sogar Wege gewiesen, wie er das Familienvermögen vor dem Zugriff der Gläubiger eines überschuldeten Pflichtteilsberechtigten retten kann.

d) Anders kann es sein, wenn ein nicht erwerbstätiger, nicht vermögender Ehegatte in einer Scheidungsvereinbarung auf nahehelichen Unterhalt verzichtet mit der Folge, daß er der Sozialhilfe anheimfällt; eine solche Vereinbarung kann sittenwidrig und daher nichtig sein (BGHZ 86, 82, 86 [= MittBayNot 1983, 129]; BGHZ 111, 36, 41; vgl. aber Urteil vom 9. 7. 1992 — XII ZR 57/91 — FamRZ 1992, 1403 unter 3 [= MittBayNot 1993, 23]). In Fällen der vorliegenden Art stehen dem behinderten Kind über den möglichen Pflichtteilsanspruch hinaus jedoch keine Rechte auf den Nachlaß seiner Eltern zu. Deshalb kann auch nicht davon die Rede sein, daß der Erblasser die Bedürftigkeit des behinderten Kindes herbeiführe, wenn er es nicht mit einer Zuwendung von Todes wegen bedenkt, und zwar unabhängig von der Größe seines Vermögens (so zutreffend *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2857; *Krampe*, AcP 191, 526, 560).

Entgegen der Revision vereitelt die hier zu beurteilende letztwillige Verfügung auch keine Rechte Dritter. Das Bundessozialhilfegesetz gibt dem Träger der Sozialhilfe für Leistungen, die er nach dem Tod der Eltern des Hilfeempfängers erbracht hat, keinen Kostenersatzanspruch gegenüber dem Nachlaß der Eltern. Nur soweit dem Hilfeempfänger ein Pflichtteil auf seinen Eltern zusteht, kommt dessen Überleitung auf den Träger der Sozialhilfe in Betracht. Ob dies nach geltendem Recht auch gegen den Willen eines behinderten Hilfeempfängers möglich ist, der eine ihm unter Beschwerden hinterlassene Erbschaft nicht gem. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB ausschlägt (dafür *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2856; dagegen insbesondere *Krampe*, AcP 191, 526, 532 f.), ist hier nicht zu entscheiden. Offenbleiben kann auch, ob und in welchem Umfang der Träger der Sozialhilfe einen etwaigen Anspruch eines behinderten Vorerben auf die Früchte des Nachlasses heranziehen kann (dafür *Otte*, JZ 1990, 1027, 1028 f.; *Krampe*, AcP 191, 526, 546 ff.). Die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung im vorliegenden Fall hängt davon nicht ab. Selbst wenn der Träger der Sozialhilfe sein Interesse dem Behinderten gegenüber nicht durchsetzen kann, ändert dies an der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung seiner Eltern nichts. Im übrigen könnte die Sozialhilfe allerdings gem. §§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29 a BSHG bis auf das zum Lebensunterhalt Unerläßliche eingeschränkt werden, wenn der Behinderte eine durch Nacherbfolge beschränkte Erbschaft allein in der Absicht nicht ausschlägt, den Nachlaß seiner Eltern der Familie zu erhalten und die Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe herbeizuführen, obwohl der Pflichtteil zu einer lebenslangen, umfassenden Versorgung des Behinderten ausreicht. Bei einer Heimpflege dürften Einschränkungen aber allenfalls in geringem Umfang in Betracht kommen (*Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 149; *Köbl*, ZfSH/SGB 1990, 449, 464).

Anmerkung:

1. Das Urteil des BGH vom 20. 10. 1993 ist zu begrüßen. Es beseitigt — nicht nur wegen des dort entschiedenen typischen Falls, sondern vor allem wegen der in ihm enthaltenen sorgfältigen und ausgewogenen Begründung — weitgehend die Unsicherheiten, die beim „Behindertentestament“ bislang bestanden. Betraf das BGH-Urteil vom 21. 3. 1990 (MittBayNot 1991, 245 = DNotZ 1992, 241) noch einen besonders gelagerten Sachverhalt mit einem relativ kleinen Vermögen, bezieht sich das BGH-Urteil vom 20. 10. 1993 auf einen eher typischen Fall mit einem größeren Vermögen (460.000,— DM) und der heute für derartige Situationen schon klassischen Kombination von Testamentsvollstreckung und Nacherbfolgeanordnung.

2. Bedenken gegen diese Gestaltung könnten, so der BGH, weniger wegen der Anordnung der Testamentsvollstreckung abgeleitet werden (hier hat der Gesetzgeber selbst in § 2338 BGB dem Testator einen Hinweis gegeben), sondern eher wegen der Anordnung der Nacherbfolge, durch welche dem Fiskus nach dem Ableben des behinderten Erben der Zugriff auf den Nachlaß verwehrt und damit die Anwendung des § 92 c BSHG verhindert wird. Der BGH weist darauf hin, daß dem Sozialhilferecht weder ein gesetzliches Verbot einer solchen Gestaltung noch auch nur ein Schutzzweck des Inhalts entnommen werden könne, dem Träger der Sozialhilfe müsse der Zugriff auf das Vermögen der Eltern eines Hilfeempfängers spätestens bei seinem Tod gesichert werden. Zur Begründung der Sittenwidrigkeit derartiger Gestaltungen fehlt nach Auffassung des BGH auch eine allgemeine Rechtsüberzeugung, daß Eltern ihrem behinderten Kind jedenfalls von einer gewissen Größe ihres Vermögens an ein über den Pflichtteil hinausgehendes Erbteil hinterlassen müßten, so daß es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt. Neu ist in diesem Zusammenhang, daß der Gedanke des Familienlastenausgleichs als Gegengewicht zu dem vermeintlich das Sozialrecht beherrschenden Subsidiaritätsprinzip betont wird. Der BGH bekräftigt auch, daß es angesichts des möglichen Absinkens des heute erreichten Standards der Sozialhilfe einer sittlichen Verpflichtung der Eltern entspricht, durch geeignete Maßnahmen dem behinderten Kind langfristige Annehmlichkeiten aus dem Nachlaß zu verschaffen. Mit dieser Begründung wird die Kombination von Testamentsvollstreckung und Nacherbfolgeanordnung wohl auch für noch größere Vermögen als gesichert gelten können.

3. Als Unsicherheitsfaktor bleibt weiterhin die mögliche Ausschlagung der letztwilligen Zuwendung durch den Behinderten (seinen gesetzlichen Vertreter) und sein anschließendes Pflichtteilverlangen. Die Ausschlagung bedürfte der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1822 Nr. 2, 1643 Abs. 2 BGB). Die Meinung, auch dieses Ausschlagungsrecht könne vom Sozialhilfeträger übergeleitet und ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ausgeübt werden (*van de Loo*, MittRhNotK 1989, 289) konnte sich nicht durchsetzen (*Karpen*, MittRhNotK 1988, 149; *Kuchinke* FamRZ 1992, 363).

Bei Gestaltungen dieser Art ist auch die Vorschrift des § 2306 BGB zu beachten. Es ist also, wenn nicht von vornherein der Wegfall der Beschränkungen riskiert werden soll, darauf zu achten, daß die dem Behinderten zugewiesene Erbquote über seinem Pflichtteil liegt.

4. Da rechtzeitige lebzeitige Maßnahmen nicht übersehen werden sollten, sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß es in den vergangenen Jahren gesetzliche Änderungen im Sozialhilferecht gegeben hat. Schonvermögen im Sinn des § 88 Abs. 2 BSHG sind nunmehr auch das angemessene (früher: kleine) Hausgrundstück, jetzt auch die Eigentumswohnung. Sie sind Schonvermögen nicht nur dann, wenn der Behinderte selbst, sondern auch wenn ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft nach § 11 Abs. 1 BSHG oder nach § 28 BSHG darin wohnt (*Schulte NJW 1991, 546*), Schonvermögen sind auch Ansparmittel für einen Hausbau (Bausparvertrag). Allerdings gibt es nach dem Ableben eines Behinderten kein Schonvermögen mehr. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogrammes vom 23. 6. 1993, (BGBl I 944, 952) hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 27. 6. 1993 § 91 BSHG neu gestaltet und dort statt der Überleitung eine *cessio legis* eingebaut (vgl. *Scholz FamRZ 1994, 1*). Der Anspruchsübergang ist aus sozialrechtlichen Gründen jedoch weiterhin eingeschränkt, insbesondere ist ein Übergang von Ansprüchen gegen die nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen ausgeschlossen, wenn dies eine unbillige Härte bedeuten würde. Eine solche liegt in der Regel bei unterhaltspflichtigen Eltern vor, soweit einem Behinderten nach Vollendung des 21. Lebensjahrs Eingliederungshilfe für Behinderte oder Hilfe zur Pflege gewährt wird (§ 91 Abs. 2 Satz 2 BSHG).

Notar *Dr. Wolfgang Reimann, Passau*

18. BGB §§ 181, 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 1796, 1909 Abs. 1, 2204, 2215 ff. (*Keine Ernennung des gesetzlichen Vertreters zum Testamentsvollstrecker*)

1. Ist der Vater der zu Erben eingesetzten minderjährigen Kinder zum Testamentsvollstrecker ernannt worden, so ergibt sich aus der Doppelstellung als Testamentsvollstrecker einerseits und als gesetzlicher Vertreter der Erben andererseits ein Interessengegensatz, der die Wahrnehmung beider Aufgaben durch ein und dieselbe Person ausschließt.
2. An der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft können auf Seiten der minderjährigen Kinder die gesetzlichen Vertreter wegen des Verbots des Selbstkontrahierens nicht mitwirken.
3. Beides kann Anlaß sein, Ergänzungspflegschaft anzuordnen. Das gilt selbst dann, wenn der Testamentsvollstrecker von dem Erblasser von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit sein sollte.

OLG Hamm, Beschluß vom 13. 1. 1993 — 15 W 216/92 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Zwischen dem 15. 12. 1990 und dem 5. 1. 1991 verstarb Frau H. Sie hinterließ u. a. eine eigenhändige letztwillige Verfügung vom 16. 5. 1990 mit folgendem Wortlaut:

„Mein letzter Wille. Alles was ich besitze soll die Familie N. mit ihren fünf Kindern anteilig haben. Herr N. soll die Verwaltung übernehmen.“

Am 5. 4. 1991 erließ das Notariat — Nachlassgericht — einen gemeinschaftlichen Erbschein, nach dem die Betroffenen und die Beteiligten zu 1) und 2) sowie der weitere Sohn der Beteiligten zu 1) und 2), der inzwischen volljährige D., die Erblasserin aufgrund

des vorgenannten Testamentes jeweils zu $\frac{1}{7}$ beerbt haben. Weiter heißt es in dem Erbschein, daß Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Ebenfalls am 5. 4. 1991 erteilte das Notariat — Nachlassgericht — dem Beteiligten zu 1) ein Testamentsvollstreckerzeugnis, nach dem er Testamentsvollstrecker ist. Laut einem Vermögensverzeichnis, das der zunächst eingesetzte Nachlassverwalter, der Steuerberater P. erstellt hat, beläuft sich der Nachlasswert auf ca. 3 Mio. DM. Nach Auskunft des Beteiligten zu 1) ist ein Zertifikat der Sparkasse H. über 200.000,— DM hinzuzurechnen. Zum Nachlaß gehören drei Grundstücke mit einem Wert von insgesamt 1.950.000,— DM. Bezüglich dieser Grundstücke hat die Erblasserin mit handschriftlichem Testament vom 3. 12. 1990 folgende Bestimmung getroffen:

„Frau H. soll mein Haus N.-Straße 1 mit Inventar und Haus H.-Straße 22 mit Anbau erhalten. Haus K.-Straße 29, H., soll die Familie H. erhalten.“

Mit Beschluß vom 14. 4. 1992 hat der Rechtspfleger des AG bestimmt, daß die Betroffenen (jeder) einen Pfleger für folgenden Wirkungskreis erhalten:

- (1) Wahrnehmung der Interessen des jeweiligen Minderjährigen gegenüber dem Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker bezüglich des Nachlasses nach der im Erbschein des Nachlassgerichts (Notariat) vom 5. 4. 1991 ausgewiesenen Erblasserin H.
- (2) Wahrnehmung der Interessen des jeweiligen Minderjährigen hinsichtlich des unter 1) beschriebenen Nachlasses bei der Erbauseinandersetzung.

In den Gründen des Beschlusses ist ausgeführt, daß die Verpflichtung nur eines Pflegers für alle Betroffenen mit dem Wirkungskreis zu Ziff. (1) alsbald erfolgen solle, während für die Verpflichtung je eines gesonderten Pflegers für die Erbauseinandersetzung (Wirkungskreis zu Ziff. (2)) bis zur Erbauseinandersetzung zugewartet werden solle.

Gegen diesen Beschluß haben die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerung/Beschwerde eingelegt. Sie haben die Ansicht vertreten, es bestehe keine gesetzliche Notwendigkeit für die Anordnung einer Pflegschaft. Die Interessen ihrer Kinder seien nicht gefährdet. Die Notwendigkeit der Pflegschaft ergebe sich auch nicht daraus, daß der Beteiligte zu 1) zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden sei. Der Rechtspfleger und der Richter beim AG haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Das LG hat durch Beschluß vom 11. 06. 1992 die als Beschwerde geltende Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 1) und 2) mit ihrer weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist statthaft und in rechter Form eingelegt worden (§§ 27, 29 FGG). Gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft gemäß § 1909 Abs. 1 BGB findet die einfache Beschwerde statt (§§ 29 Abs. 2, 60 Abs. 1 FGG). Die Befugnis der Beteiligten zu 1) und 2) zur weiteren Beschwerde folgt aus der Zurückweisung der Erstbeschwerde.

Das LG ist zu Recht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen. (*Wird ausgeführt.*)

Das LG hat das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft in Bezug auf den Wirkungskreis „Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen gegenüber dem Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker“ im Ergebnis rechtsfehlerfrei bejaht.

Nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB erhält derjenige, der unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, anderen Besorgung die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Die Verhinderung kann auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhen.

Ein tatsächliches Verhindertsein der Eltern kommt hier nicht in Betracht, so daß allein die rechtliche Verhinderung zu prüfen ist. Diese kann entweder auf dem Fehlen der Vermögenssorge oder auf dem Ausschluß von der Vertretung beruhen (vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 51. Aufl., § 1909 Rdnr. 3). Ein Fall der fehlenden Vermögenssorge ist hier nicht gegeben. Insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 1638 Abs. 1 i. V. m. § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vor, da die Erblasserin durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht stillschweigend bestimmt hat, daß die Eltern oder ein Elternteil das den Kindern von Todes wegen zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen.

Eine rechtliche Verhinderung der Eltern, die auf ihrem Ausschluß von der gesetzlichen Vertretung der Kinder beruht, ergibt sich aber, vorliegend aus §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB und, was das LG übersehen hat, aus § 1796 BGB.

Nach § 1629 Abs. 2 BGB können der Vater und die Mutter das minderjährige Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist; außerdem kann das Vormundschaftsgericht dem Vater und der Mutter nach § 1796 BGB die Vertretung entziehen. Dies bedeutet, daß ein Elternteil das Kind bei Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten mit dem anderen Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie nicht vertreten kann, ausgenommen den Fall, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB). Aus § 1795 Abs. 2 BGB ergibt sich, daß das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) auch im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern gilt.

Die Entziehung der Vertretung nach § 1796 BGB, die durch eine Pflegerbestellung, die eine Beschränkung der Vertretungsmacht unmittelbar gem. § 1794 BGB zur Folge hat, entbehrlich wird, erfordert, daß das Interesse des Kindes zu dem Interesse der Eltern im erheblichen Gegensatz steht. Dabei genügt nicht jeder Interessengegensatz; vielmehr muß eine Verschiedenheit der Interessen in der Art vorliegen, daß die Förderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen geschehen kann (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 440 = DAV 1978, 470 [474]).

Bei einer nach vorstehenden Grundsätzen gegebenen rechtlichen Verhinderung eines Elternteils kann auch der andere Elternteil infolge der Begrenzung seiner Vertretungsmacht auf die Gesamtvertretung nicht wirksam handeln, gleichgültig, ob auch bei ihm die Voraussetzungen für eine rechtliche Verhinderung gegeben sind (vgl. BayObLGZ 1959, 370 = NJW 1960, 577; *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1629 Rdnr. 14). Deshalb ist es ohne Bedeutung, daß lediglich der Beteiligte zu 1) und Vater der Betroffenen zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist.

Eine rechtliche Verhinderung des Beteiligten zu 1) und damit auch der Beteiligten zu 2) an der Besorgung der Angelegenheiten, auf die sich der Wirkungskreis der angeordneten Pflegschaft bezieht, hat das LG im Ergebnis zutreffend angenommen. Der Beteiligte zu 1) kann seine minderjährigen Kinder nicht gegenüber sich selbst als Testamentsvollstrecker vertreten. Es gehört zu den Aufgaben des gesetzlichen Vertreters der minderjährigen Erben, deren Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend zu machen. Dieser Pflicht zur Wahrnehmung der Rechte der Kinder als Erben steht das gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB für die Eltern der Kinder geltende Verbot des Selbstkontrahierens an sich nicht generell ent-

gegen, da diese Interessenwahrnehmung noch nicht als Rechtsgeschäft anzusehen ist und das Verbot des Selbstkontrahierens sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht. Die Vorfälle, ob und wann Ansprüche auf Einhaltung oder solche aus der Verletzung von entsprechenden Pflichten geltend gemacht werden sollen, kann grundsätzlich der Inhaber der elterlichen Sorge selbst beantworten, weil seine Entscheidung nicht Teil eines Rechtsgeschäfts und auch keine geschäftsähnliche Rechtshandlung ist und daher nicht dem § 181 BGB unterliegt (vgl. BayObLGZ 1967, 231 (238); LG Mannheim MDR 1977, 579). Ob im vorliegenden Fall die Entscheidung der Vorfälle deshalb entfällt, weil der Beteiligte zu 1) als Testamentsvollstrecker gegenüber den bedachten minderjährigen Kindern die in den §§ 2215, 2216 und 2218 in Verbindung mit §§ 664, 666 bis 668 und § 2219 BGB bestehenden Pflichten hat, die wie z. B. die Pflicht zur Erstellung eines Nachlaßverzeichnisses und die Auskunft- und Rechenschaftspflicht bereits jetzt aktuell sind, und die insoweit bestehenden Pflichten des Testamentsvollstreckers feststehen, kann letztlich dahinstehen. Aus den vorgenannten Pflichten des Testamentsvollstreckers ergibt sich jedenfalls, daß bei der Doppelstellung als Testamentsvollstrecker einerseits und als gesetzlicher Vertreter der Erben andererseits ein Interessengegensatz im Sinne des § 1796 BGB besteht, der so erheblich ist, daß er die Wahrnehmung beider Aufgaben durch ein und dieselbe Person ausschließt (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 440 = DAV 1978, 470 (474); LG Frankfurt Rpfleger 1990, 207), denn die dem durch seinen gesetzlichen Vertreter vertretenen minderjährigen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker zustehenden Überwachungs- und Auskunftsrechte und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche kann der Testamentsvollstrecker nicht gegen sich selbst geltend machen bzw. ausüben, da niemand sein eigener Aufseher sein kann.

Steht somit fest, daß die Eltern rechtlich verhindert sind, ihre minderjährigen Kinder bei der Wahrnehmung ihrer Rechte als Erben gegenüber dem zum Testamentsvollstrecker bestellten Vater zu vertreten, ist als weitere Voraussetzung des § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen, ob für die Anordnung einer Pflegschaft vorliegend ein Bedürfnis besteht. Zur Bejahung eines solchen Bedürfnisses genügt es nicht, daß die Eltern irgendwann an der Besorgung einer bestimmten Angelegenheit verhindert sein könnten. Die bloße Möglichkeit künftigen Eintrittes eines derartigen Bedürfnisses reicht nicht aus; vielmehr muß das Bedürfnis für die Anordnung der Pflegschaft aus einem konkreten Anlaß gegenwärtig bestehen (vgl. BGH NJW 1976, 49 (51) [= MittBayNot 1975, 263 = DNotZ 1976, 107]; BayObLGZ 1961, 277 (283) und FamRZ 1989, 1342 (1344); *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1909 Rdnr. 8). Daraus ergibt sich, daß die besonderen Ausnahmefälle, bei denen die Eltern in Zukunft möglicherweise einmal verhindert sein könnten, ihr Kind rechtlich zu vertreten, die Anordnung einer Pflegschaft nicht rechtfertigen können. Die bloße Möglichkeit eines Interessenkonfliktes ist noch kein ausreichender Grund für die Entziehung der Vertretungsmacht. Eine „Beobachtungspflegschaft“ ist unzulässig. Auch gestattet das Gesetz nicht die Bestellung eines Pflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnimmt oder ob es etwa im Interesse des Kindes notwendig ist, gegen ihn vorzugehen (vgl. BGH, a. a. O.).

Das hat das LG für die Anordnung der Ergänzungspflegschaft in Bezug auf den Wirkungskreis „Wahrnehmung der

Interessen der Betroffenen gegenüber dem Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker“ zutreffend erkannt. Im Ergebnis ebenfalls rechtsfehlerfrei ist die Ansicht des LG, daß die für den vorgenannten Wirkungskreis angeordnete Pflugschaft nicht den Charakter einer unzulässigen „Beobachtungspfugschaft“ hat. Im Hinblick darauf, daß, wie ausgeführt, der gesetzliche Vertreter der minderjährigen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker echte Überwachungsaufgaben (§§ 2215, 2216, 2218 BGB) und gegebenenfalls auch Ansprüche der von ihm vertretenen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend zu machen hat (§§ 2217, 2218 BGB), besteht nicht bloß die Möglichkeit des künftigen Eintritts eines Bedürfnisses für die Bestellung eines Pflgers, sondern der Interessenwahrnehmung der Kinder gegenüber dem amtierenden Testamentsvollstrecker kann nur dadurch voll Rechnung getragen werden, daß die bereits eingetretenen Überwachungsaufgaben ausgeübt und etwaige Ansprüche gegenüber dem Testamentsvollstrecker schon jetzt geltend gemacht werden, was, wie ausgeführt, wegen der rechtlichen Verhinderung beider Elternteile nur durch Bestellung eines Ergänzungspflgers geschehen kann. Die Erwägungen des Landgerichts, daß für ein bereits bestehendes konkretes Bedürfnis insbesondere auch der Wert des vom Beteiligten zu 1) zu verwaltenden Nachlasses (über 3 Mio. DM) spricht, von dem ein wesentlicher Teil in Bankguthaben besteht, die während der unbestimmten Dauer der Testamentsvollstreckung möglichst zinsgünstig anzulegen sind, und daß auch der nicht unerhebliche Wert von Vermächtnisansprüchen bezüglich des ererbten Grundbesitzes zu berücksichtigen ist, sind rechtsfehlerfrei.

Der Notwendigkeit der Anordnung der Ergänzungspfugschaft für den genannten Wirkungskreis steht auch nicht entgegen, daß die Erblasserin möglicherweise volles Vertrauen in die Person des Beteiligten zu 1) setzte, so daß aus ihrer Sicht es entbehrlich erschien, zugunsten der Betroffenen eine Überwachung des Beteiligten zu 1) anzuordnen bzw. ihn zur Rechenschaft zu verpflichten. Soweit es dem Willen der Erblasserin entsprochen haben sollte, den Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker von dem Verbot des § 181 BGB zu befreien, was rechtlich möglich ist (vgl. BGHZ 30, 67), kommt eine solche Gestattung für den gesetzlichen Vertreter wegen der zwingenden Regelung der §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB nicht in Betracht, da nicht einmal das Vormundschaftsgericht befugt wäre, ein Selbstkontrahieren zu genehmigen (vgl. RGZ 71, 162; BGHZ 21, 229; Senat OLGZ 1975, 173). Deshalb hätte die Erblasserin, selbst wenn ihre Erklärung dahin auszulegen wäre, daß sie nicht nur den Beteiligten zu 1) in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, sondern auch als gesetzlichen Vertreter der Betroffenen vom Verbot des Selbstkontrahierens hätte befreien wollen, eine solche Befreiung nicht wirksam anordnen können (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 440 = DAV 1978, 470 [474]).

Der Umstand, daß die Erblasserin dem Beteiligten zu 1) als gesetzlichen Vertreter nicht von der Verwaltung des Nachlaßvermögens ausgeschlossen hat (vgl. §§ 1638, 1909 Abs. 1 S. 2 BGB) steht der Anordnung der Ergänzungspfugschaft nicht entgegen, da die Notwendigkeit für die Pflgerbestellung sich, wie ausgeführt, gerade nicht aus einer letztwilligen Anordnung bezüglich der Nachlaßverwaltung ergibt, sondern aus der Doppelstellung des Beteiligten zu 1) gegenüber den Betroffenen als gesetzlicher Vertreter einerseits und zugleich als Testamentsvollstrecker andererseits folgt (vgl. BayObLG a. a. O.).

Die vom LG gebilligte Bestimmung des Wirkungskreises des Pflgers durch das Amtsgericht hinsichtlich der Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen gegenüber dem Beteiligten zu 1) als Testamentsvollstrecker ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Dagegen hält die Annahme des LG, für die Betroffenen müßte zur Wahrnehmung ihrer Interessen bei der Erbaus-einandersetzung bereits jetzt die Ergänzungspfugschaft angeordnet werden, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zwar besteht eine rechtliche Verhinderung des gesetzlichen Vertreters der Betroffenen auch für den Fall einer möglichen Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft. Der Beteiligte zu 1) kann als Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung in der Weise durchführen, daß er einen Auseinandersetzungsplan aufstellt und verbindlich erklärt, die Auseinandersetzung solle nach diesem Plan erfolgen. Vor der Ausführung des Auseinandersetzungsplanes sind gem. § 2204 Abs. 2 BGB die Erben zu hören. Diese Anhörung, die selbst kein Vertrag ist, aber einen solchen ersetzt (vgl. Palandt/Diederichsen, a. a. O., § 2204 Rdnr. 4), wird als geschäftsähnliche Handlung angesehen, auf die § 181 BGB anzuwenden ist. Gleiches gilt für die nach der Anhörung den Miterben bekannt zu machende Erklärung des Testamentsvollstreckers, die Auseinandersetzung solle nach dem Auseinandersetzungsplan erfolgen. An diesem einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft könnten auf Seiten der minderjährigen Betroffenen ebenfalls gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB die Beteiligten zu 1) und 2) nicht mitwirken (vgl. BayObLGZ 1967, 231 [240]).

Dennoch besteht für die Anordnung einer Pflugschaft mit dem vorgenannten Wirkungskreis derzeit noch kein konkretes Bedürfnis. Schon im Hinblick darauf, daß es zweifelhaft ist, ob das Testament vom 16. 5. 1990 möglicherweise die Anordnung einer Dauervollstreckung gem. § 2209 S. 1 Hs. 2 BGB enthält und deshalb eine Auseinandersetzung zumindest zeitweise ausgeschlossen ist, steht gegenwärtig die Entscheidung von Fragen, die eine gegebenenfalls nach § 2204 BGB vorzunehmende Auseinandersetzung betreffen, nicht an. (Wird ausgeführt.) Eine Anordnung der Pflugschaft gewissermaßen auf Vorrat sieht das Gesetz nicht vor. Demgemäß war der angefochtene Beschluß insofern aufzuheben und auf die Erstbeschwerde der Beschluß des Amtsgerichts entsprechend abzuändern.

Anmerkung:

1. Der Beschluß des OLG Hamm betrifft ein sensibles Feld im Grenzbereich von Familienrecht und Erbrecht. Bislang war es eine gern gewählte Gestaltung, den gesetzlichen Vertreter des Erben zugleich zum Testamentsvollstrecker zu ernennen. Man erreichte damit neben der Haftungsbeschränkung des § 2214 BGB, daß der gesetzliche Vertreter von familienrechtlichen Beschränkungen, in Sonderheit von dem Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für bestimmte Geschäfte, freigestellt war und seine Verfügungsbefugnis nicht mit Erreichen der Volljährigkeit des Erben endete. Die familienrechtliche Position des gesetzlichen Vertreters wurde damit bezüglich des Nachlasses erbrechtlich verstärkt. Die Kombination von Testamentvollstreckeramt und gesetzlicher Vertretung wurde als vereinbar angesehen, etwaige Probleme, die sich aus dieser Doppel-

stellung ergeben konnten, lagen auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts und sollten mit dessen Mitteln zu lösen sein (vgl. *Staudinger/Reimann*, BGB, Rdnr. 22).

2. Folgte man dem Leitsatz 1 des OLG-Beschlusses, wäre nunmehr diese Praxis gefährdet: Zwar hindert nach wie vor nichts den Erblasser, den gesetzlichen Vertreter zum Testamentsvollstrecker zu benennen, er nimmt ihm damit aber, sofern das Amt des Testamentsvollstrecker angenommen wird, seine familienrechtliche Position. Es wäre dann ein Ergänzungspfleger zu bestellen (Leitsatz 3), mit dem es der Testamentsvollstrecker in der Folge zu tun hätte. Statt die Rechtsposition des gesetzlichen Vertreters durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung zu verstärken, würde sie hierdurch eingeschränkt.

3. Das OLG Hamm stützt seine Entscheidung nicht auf § 181 BGB, der auch auf die hier in Frage stehenden Realakte analog anwendbar wäre, sondern auf § 1796 BGB; hiernach kann dem gesetzlichen Vertreter seine Vertretungsmacht entzogen werden (für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten), jedoch nur, wenn das Interesse des Vertretenen zu dem Interesse des gesetzlichen Vertreters oder eines von diesem vertretenen Dritten oder einer der im § 1795 Nr. 1 BGB bezeichneten Personen „in erheblichem Gegensatz steht“. Die Begründung, „niemand“ könne „sein eigener Aufseher sein“, ist pauschal und steht im Gegensatz zu der im Beschluß dann folgenden richtigen Aussage, es genüge für die Bejahung eines solchen Bedürfnisses nicht, daß die Eltern irgendwann an der Besorgung einer bestimmten Angelegenheit gehindert sein könnten, vielmehr müsse ein konkreter Anlaß gegenwärtig bestehen. Daß ein Gegensatz zwischen beiden Aufgabenbereichen besteht, ist unbestritten. Es ist aber nicht erkennbar, wo es bereits im Rahmen der vom OLG Hamm zitierten §§ 2215 und 2216 BGB zu einem *erheblichen* Gegensatz kommen könnte. Die Übergabe eines Nachlaßverzeichnisses an den Erben nach Antritt des Testamentsvollstreckeramtes (§ 2215 Abs. 1 BGB) durch den Testamentsvollstrecker an sich selbst als gesetzlichen Vertreter ist naturgemäß nicht möglich, da jedoch der gesetzliche Vertreter nach § 1640 BGB verpflichtet ist, ein Vermögensverzeichnis dem Vormundschaftsgericht zuzuleiten, ist es durchaus denkbar, daß der Testamentsvollstrecker das Vermögensverzeichnis zugleich in Erfüllung seiner Verpflichtung nach § 1640 BGB dem Vormundschaftsgericht zuleitet (*Damrau ZEV 1994*, 1 ff.). Welche Funktion hier ein Ergänzungspfleger haben sollte, ist nicht erkennbar, ein „erheblicher Gegensatz“ im Sinne von § 1796 BGB ohnehin nicht. Im Rahmen des § 2216 BGB liefe die frühzeitige Bestellung eines Ergänzungspflegers dann doch wohl auf eine Beobachtungspflegschaft hinaus, die auch durch OLG Hamm für unzulässig erklärt wird. Gleiches gilt für das Verlangen des Erben auf Freigabe gem. § 2217 BGB. Im Rahmen des § 2218 BGB (Rechnungslegung) kann es zu Kollisionen vor allem bei der Anwendung des § 666 BGB kommen. Es wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob und wann hier ein erheblicher Gegensatz im Sinn des § 1796 besteht, er kann zumindest nicht von vornherein unterstellt werden. Ist er gegeben, muß eine Pflegschaft angeordnet werden. Das OLG Hamm stellt also im wesentlichen richtige Überlegungen an, bejaht indes zu früh den erheblichen Gegensatz im Sinn des § 1796 Abs. 2 BGB. Der OLG-Beschluß ist daher, soweit die Leitsätze 1 und 3 betroffen sind, abzulehnen.

4. Richtig und unumstritten sind die Aussagen zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Hier muß, selbst wenn der Erblasser den Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit hat, eine Ergänzungspflegschaft angeordnet werden.

5. Für die notarielle Praxis ergibt sich bei der hier geltenden Maxime, den sichersten Weg zu wählen, gleichwohl die Notwendigkeit, den Beschluß des OLG Hamm bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen zu berücksichtigen. Wenn ein Ergänzungspfleger nicht gewünscht wird, könnte ein mit der bisherigen Übung vergleichbarer Effekt dadurch erreicht werden, daß nicht der gesetzliche Vertreter, sondern eine dem Erblasser oder Erben sonst nahestehende Person zum Testamentsvollstrecker ernannt wird. Es ist auch denkbar, neben dem gesetzlichen Vertreter einen weiteren Testamentsvollstrecker als Nebenvollstrecker zu ernennen und ihm gem. § 2224 Abs. 1 Satz 3 BGB diejenigen Aufgaben zuzuweisen, die ansonsten, blieben sie beim gesetzlichen Vertreter, zu einem „erheblichen Gegensatz“ im Sinne von § 1796 Abs. 2 BGB führen würden. Eine derartige Gestaltung ist unzweifelhaft zulässig (*Soergel/Damrau*, § 2224 Rdnr. 3; *Palandt/Edenhofer* § 2224 Rdnr. 6).

Notar Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

19. AktG 1965 §§ 83 Abs. 1, 248 Abs. 1, 295, 296, 297, 304; ZPO § 62 Abs. 1 (*Zulässiger Inhalt von Unternehmensverträgen*)

1. Unternehmensverträge gehören zu den unter § 83 AktG fallenden Grundlagenverträgen, über deren Wirksamwerden die Hauptversammlung verbindlich entscheidet. Ihren Inhalt können die Parteien in den Grenzen gestalten, die durch zwingende Regelungen aktienrechtlicher Normen einschließlich der Vorschriften über das Unternehmensvertragsrecht gezogen werden.
2. Eine Vereinbarung darüber, daß eine bestimmte Tatsache, die herbeizuführen die Parteien jederzeit in der Lage sind, als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gelten soll, kommt im Ergebnis einem vereinbarungsgemäß auf den Eintritt eines bestimmten Umstandes beschränkten ordentlichen Kündigungsrecht mit einem von § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG abweichenden Beendigungszeitpunkt nahe. Sie verstößt nicht gegen zwingendes Aktienrecht. Die auf eine solche Klausel gestützte Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit entsprechend § 297 Abs. 2 AktG nur dann eines zustimmenden Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre, wenn sie durch den Vorstand der beherrschten Gesellschaft ausgesprochen wird.
3. Haben die Parteien in einem Beherrschungsvertrag (Vertrag I) bestimmt, es gelte als Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung, wenn zwischen ihnen ein Gewinnabführungsvertrag mit einem darauf abgestimmten neuen Beherrschungsvertrag (Vertrag II) zustandekomme, schließen sie sodann einen solchen Vertrag ab und vereinbaren darin, Rechte und Pflichten daraus würden erst mit der Beendigung des Beherrschungsvertrages bindend, ist eine solche Regelung unter Berücksichtigung der Einzelheiten der Verknüpfung beider Verträge vernünftigerweise so zu verstehen,

daß das Recht zur Kündigung des Vertrages I in dem Zeitpunkt eintreten soll, in dem nach § 294 Abs. 1 AktG für den Vorstand der beherrschten Gesellschaft die Verpflichtung entsteht, das Bestehen des Vertrages II zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Kündigungserklärung kann auf den Zeitpunkt der Eintragung des Vertrages II in das Handelsregister befristet werden.

4. Eine Vereinbarung, nach der einem Gewinnabführungsvertrag rückwirkende Kraft für das Geschäftsjahr beizumessen ist, in dem er wirksam wird, ist zulässig.

Das herrschende Unternehmen muß die Ausgleichszahlung, die es nach § 304 Abs. 1 AktG zu erbringen hat, auch für den Zeitraum der Rückwirkung übernehmen. Das Fehlen einer Regelung für den Rückwirkungszeitraum berührt die Wirksamkeit des Vertrages nicht.

5. Die Vereinbarung einer Klausel, die beiden Vertragsschließenden das Recht gibt, von dem Vertrag bis zu dem Eintritt seines Wirksamwerdens zurückzutreten, ist zulässig.
6. Ist eine Anfechtungsklage von mehreren Aktionären erhoben worden, sind diese notwendige Streitgenossen i. S. des § 62 Abs. 1 ZPO. Mit Rücksicht auf die in § 248 Abs. 1 AktG getroffene Regelung muß die Entscheidung des Verfahrens gegenüber den Anfechtungsklägern in der Sache einheitlich ergehen.

BGH, Urteil vom 5. 4. 1993 — II ZR 238/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

20. GmbHG §§ 46, 47, 51 a, 51 b; FGG § 13 a (*Wirkungen eines Ausschlußbeschlusses im Informationserzwingungsverfahren*)

1. Stellt in der Gesellschafterversammlung einer GmbH der Versammlungsleiter in der von der Satzung vorgeschriebenen Form fest, daß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden ist, so ist ein solcher Beschluß mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich und auch in einem anhängigen Informationserzwingungsverfahren zu beachten. Etwas anderes gilt nur, wenn Nichtigkeitsgründe vorliegen, die mit denen der Bestimmung des § 241 AktG vergleichbar sind; hingegen können sonstige formelle oder materielle Mängel des Beschlusses, die seine Anfechtbarkeit begründen, nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden.
2. Dem aus der GmbH ausgeschlossenen Gesellschafter steht ein Informationsanspruch aus § 51a Abs. 1 GmbHG nicht zu. Wird der die Auskunft begehrende Gesellschafter während des Informationserzwingungsverfahrens unter Einziehung seines Geschäftsanteils wirksam aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so wird ein bis dahin zulässiger und begründeter Auskunfts- und Einsichtsanspruch unbegründet. Über die Anträge der Beteiligten ist dann nach den Grundsätzen über die Erledigung der Hauptsache zu entscheiden.

BayObLG, Beschluß vom 1. 7. 1993 — 3 Z BR 96/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 63 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

21. GmbHG § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 10 (*Negative Abgrenzung des Unternehmensgegenstandes in Satzung*)

1. Wird der Gegenstand des Unternehmens einer Komplementär-GmbH im Gesellschaftsvertrag (Satzung) ausreichend informativ und individualisiert wiedergegeben, so ist der Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, als klarstellend nicht unzulässig, wenn Anhaltspunkte für eine genehmigungspflichtige Betätigung der GmbH nicht gegeben sind.
2. Zur Wiedergabe der Satzungsbestimmung des Unternehmensgegenstandes im Handelsregister.

BayObLG, Beschluß vom 16. 9. 1993 — 3 Z BR 121/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 76 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Am 3. 12. 1992 meldete die Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin die Firma A. Hotel und Gaststätten Verwaltungs-GmbH mit dem Sitz in B. zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Satzung der Gesellschaft lautet auszugsweise:

§ 2

Gegenstand des Unternehmens

ist die Beteiligung als persönlich haftende und geschäftsführende Gesellschafterin an Gesellschaften, deren Gegenstand die Anpachtung, der Um- und Ausbau und die Errichtung von Hotelbetrieben ist, insbesondere des ehemaligen Hotels A. in B. und dessen gastronomischer Betrieb. Eine Tätigkeit nach § 34 c Gewerbeordnung wird nicht ausgeübt.

Die Gesellschaft kann alle Geschäfte tätigen, die diesem Unternehmenszweck förderlich und dienlich sind, und sich an Unternehmen mit gleichem oder ähnlichen Geschäftszweck beteiligen.

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 26. 1. 1993 den Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, als unzulässig beanstandet und die Anmelderin zur entsprechenden Änderung der Satzung aufgefordert. Es hat der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 1. 4. 1993 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .
2. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (vgl. § 27 Abs. 1 FGG, § 563 ZPO).

a) Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muß in den Gesellschaftsvertrag als notwendiger Inhalt der Gegenstand des Unternehmens aufgenommen werden. Er bezeichnet Bereich und Art der von der Gesellschaft beabsichtigten Betätigung. Die Verpflichtung zur Eintragung des Unternehmensgegenstandes in das Handelsregister (vgl. § 10 Abs. 1 GmbHG) zeigt, daß Ziel dieser Regelung vor allem ist, den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise ausreichend erkennbar zu machen (vgl. BGH BB 1981, 450 [= DNotZ 1981, 299]). Das erfordert, daß die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes informativ ist und ihn so weitgehend als möglich individualisiert. Daneben kann dadurch auch insbesondere eine Minderheit von Gesellschaftern gegen eine willkürliche Ausweitung oder

Änderung des Betätigungsfeldes der Gesellschaft durch Bindung des Geschäftsführers an den Gesellschaftsvertrag (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) einen gewissen Schutz erfahren; allerdings hat diese Einschränkung keine Außenwirkung (vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG, *Baumbach/Zöllner GmbHG* 15. Aufl. § 35 Rdnr. 38). Schließlich kann die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung auch einen Anhalt für den Registerrichter bieten, ob im Einzelfall eine nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG genehmigungsbedürftige Tätigkeit ausgeübt werden soll. Eine abschließende, ins einzelne gehende Umschreibung der Geschäftstätigkeit ist aber weder aus Gründen des Verkehrsschutzes noch zur innergesellschaftlichen Begrenzung des Tätigkeitsfeldes für den Geschäftsführer erforderlich; allerdings müssen die Angaben so konkret sein, daß die interessierten Verkehrskreise der Satzung entnehmen können, in welchem Geschäftszweig und in welcher Weise sich die Gesellschaft betätigen will (vgl. BGH a. a. O.; *Baumbach/Hueck Rdnr. 9 und 10*, *Hachenburg/Ulmer GmbHG* 8. Aufl. Rdnr. 21 und 22, *Scholz/Emmerich GmbHG* 8. Aufl., Rdnr. 11 und 12, je zu § 3 m. w. N.).

b) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß eine ungenügende Individualisierung des Unternehmensgegenstandes ein Eintragungshindernis darstellt und, falls es nach Beanstandung nicht beseitigt wird, zur Zurückweisung der Anmeldung führt. Es verkennt aber, daß im vorliegenden Fall der Unternehmensgegenstand der GmbH, soweit er positiv umschrieben wird, für die angesprochenen Verkehrskreise ersichtlich ausreichend kenntlich gemacht ist und auch die nach einer verbreiteten Rechtsprechung für eine Komplementär-GmbH aufgestellte Forderung, es müsse auch der Geschäftszweig der Kommanditgesellschaft angegeben sein (vgl. BayObLGZ 1975, 447 [= MittBayNot 1976, 30 = DNotZ 1976, 377]), erfüllt ist. Der beanstandete Zusatz dient nicht der Information der angesprochenen Verkehrskreise, weil sie regelmäßig nicht daran interessiert sein werden zu erfahren, welche Tätigkeiten die GmbH nicht ausführt. Die Bedeutung dieses Zusatzes in der Satzungsbestimmung zum Unternehmensgegenstand, die der Senat selbst auslegen darf, erschöpft sich in einer innergesellschaftlichen Beschränkung der Betätigung und in einem Hinweis an das Registergericht, daß die Vorlage einer Genehmigungsurkunde nach Auffassung der Anmelderin nicht erforderlich ist. Hierfür bedarf es aber keiner weiteren Individualisierung.

3. Allerdings hat das Registergericht seine Zwischenverfügung auf einen weiteren Grund gestützt, auf den das Landgericht in seiner Entscheidung nicht mehr eingegangen ist. Das Registergericht hat ausgeführt: Der Zusatz sei unzulässig. Die negative Einschränkung durch den pauschalen Ausschluß einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit sei unzulässig. Das Gericht müsse durch die konkrete Beschreibung des Gegenstands in die Lage versetzt werden, die beabsichtigte Tätigkeit auf eine etwaige Genehmigungsbedürftigkeit zu überprüfen. Der Zusatz sei auch irreführend; die Komplementär-GmbH könne durchaus im Rahmen des Gegenstandes „Umbau, Ausbau und Errichtung von Hotelbetrieben“ Tätigkeiten ausüben, die unter § 34 c Abs. 1 Nr. 2 GewO fielen.

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Bedarf der Gegenstand des Unternehmens einer staatlichen Genehmigung, so muß nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG der Anmeldung die Genehmigungsurkunde beigelegt werden. Da aber die Genehmigung nur einer rechtlich

existenten Gesellschaft erteilt wird, die GmbH aber erst mit der Eintragung im Handelsregister entsteht, gilt für das Anmeldeverfahren: Wird für die angemeldete GmbH der Nachweis der staatlichen Genehmigung verlangt, so bedeutet das, daß die Gesellschaft die Genehmigung vorbehaltlich ihrer Eintragung erhält oder daß dem Handelsregister eine Bescheinigung der zuständigen staatlichen Behörde vorgelegt wird, wonach die Genehmigung nach Eintragung der Gesellschaft für den vom Registergericht bekanntgegebenen Unternehmensgegenstand erteilt werden wird. Allerdings spricht vieles dafür, daß unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung (vgl. *Hachenburg/Ulmer* § 8 Rdnr. 21 m. w. N.) bereits der Vorgesellschaft eine solche Genehmigung erteilt werden kann (vgl. BGHZ 102, 209/212 [= MittBayNot 1988, 131 = DNotZ 1988, 506]). Fehlt die Genehmigung oder eine entsprechende Bescheinigung, obwohl erforderlich, so muß der Anmelder zur Beibringung aufgefordert werden. Dies würde aber auch für den Fall gelten, daß der Anmelder, wie mit der Zwischenverfügung gefordert, den beanstandeten Zusatz in der Satzung weglassen würde. Eine Zwischenverfügung kann aber regelmäßig keinen Bestand haben, wenn trotz ihrer Befolgung das angenommene Eintragungshindernis nicht beseitigt ist.

b) In welchem Bereich und Umfang sich die GmbH betätigen will, ist durch die Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung festzulegen. Für die Frage, ob eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, ist allein die Angabe in der Satzung entscheidend. Ob für diese, gegebenenfalls nach Auslegung durch den Registerrichter, beabsichtigte Tätigkeit eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, entscheidet allein die zuständige Verwaltungsbehörde. Hat das Registergericht Zweifel, ob eine Genehmigung erforderlich ist, so kann es verlangen, daß der Anmelder eine Bescheinigung der Verwaltungsbehörde vorlegt, wonach er in der Satzung bezeichnete Unternehmensgegenstand keiner staatlichen Genehmigung bedarf (sog. Negativattest). Allerdings ist ein solches Verlangen nur gerechtfertigt, wenn nach der maßgebenden Beschreibung des Unternehmensgegenstandes begründeter Anlaß für die Annahme besteht, daß die beabsichtigte Geschäftstätigkeit eine staatliche Genehmigung erfordert (vgl. BayObLGZ 1990, 90/93 m. w. N.).

4. Der Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, der im übrigen nicht unüblich ist (vgl. z. B. OLG Köln WM 1981, 805), ist zulässig und kann als Satzungsbestimmung nicht beanstandet werden, wenn die positive Beschreibung des Unternehmensgegenstandes eine ausreichende Individualisierung dahin enthält, daß die Ausübung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit nicht beabsichtigt ist.

Eine andere Frage ist, ob dieser Zusatz dann auch in jedem Fall nach § 10 GmbHG in das Handelsregister aufgenommen werden muß. Zwar wird bei der Eintragung des Unternehmensgegenstandes der Gesellschaft grundsätzlich die wörtliche Wiedergabe der maßgeblichen Satzungsbestimmung zu fordern sein (vgl. *Scholz/Winter GmbHG* 8. Aufl. § 10 Rdnr. 7, OLG Köln a. a. O. a. E.), aber wohl nicht in jedem Fall, wenn es sich um flöckelhaftige Leerformeln handelt (vgl. LG München I GmbHR 1991, 270; *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 5. Aufl. Fn. 62 bei Rdnr. 370). Daran könnte auch im vorliegenden Fall gedacht werden. Bedarf es für die Tätigkeit des Unternehmensgegenstandes einer Genehmigung, muß sie unabhängig von dem Zusatz in der Satzung beigebracht werden. Ist

hingegen die nach Satzung beabsichtigte Betätigung genehmigungsfrei, ist der Zusatz, jedenfalls für den Handelsregistereintrag, inhaltsleer und überflüssig. Schließlich kann in einem solchen Fall das Registergericht auch prüfen, ob es diesen Zusatz nicht dahin in das Handelsregister aufnimmt, daß eine genehmigungspflichtige Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung nicht ausgeübt wird, ohne daß deshalb eine formelle Änderung der Satzungsbestimmung erforderlich wäre.

22. GmbHG §§ 8, 9 c (Prüfungsumfang und -pflicht des Registergerichts bzgl. Kapitalaufbringung)

Bei der Anmeldung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister müssen die Versicherungen der Geschäftsführer über die Bewirkung der Leistungen auf die Stammeinlage die tatsächlichen Umstände so darlegen, daß das Registergericht selbst prüfen kann, ob die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben muß das Registergericht Nachweise über die behaupteten Leistungen anfordern und gegebenenfalls weitere Ermittlungen durchführen.

BayObLG, Beschluß vom 14. 10. 1993 — 3 Z BR 191/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Geschäftsführer der Im- und Export Handels GmbH i. Gr. meldeten am 13. 5. 1992 die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. Vom Stammkapital der Gesellschaft, das 150.000,— DM beträgt, hatten die damals drei Gesellschafter eine Stammeinlage von je 50.000,— DM übernommen. Nach § 3 der Satzung der Gesellschaft sind alle Stammeinlagen in voller Höhe in bar an die Gesellschaft einzuzahlen. Die Geschäftsführer versicherten, daß die gesamten Stammeinlagen in Höhe von insgesamt 150.000,— DM in voller Höhe bar eingezahlt sind und sich zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung der Gesellschaft befinden.

Am 12. 10. 1992 wurde eine Änderung der Anmeldung vorgelegt. Ein Gesellschafter war ausgeschieden. Vom Stammkapital von weiterhin 150.000,— DM haben die beiden verbliebenen Gesellschafter eine Stammeinlage von je 75.000,— DM übernommen. Die beiden Gesellschafter versicherten als alleinige Geschäftsführer der Gesellschaft, daß das Stammkapital in voller Höhe in bar eingezahlt sei, ferner versicherten sie in einer am 4. 2. 1993 eingegangenen Erklärung, daß das Vermögen der Gesellschaft abzüglich aller Verbindlichkeiten den Betrag von 150.000,— DM übersteige. Das dem Geschäftsführer zur Verfügung stehende Nettokapital betrage derzeit mehr als 150.000,— DM.

2. Da das Registergericht Zweifel an der Richtigkeit der abgegebenen Versicherungen hatte, hat es die Gesellschaft zur Vorlage von Nachweisen aufgefordert. Mit Beschluß vom 5. 1. 1993 hat das Registergericht die Anmeldung zurückgewiesen; die vorgelegten Nachweise über die Einzahlung der Stammeinlage hat es für nicht ausreichend erachtet.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde, der zusätzliche Belege beigegeben waren, hat das Registergericht mit Beschluß vom 12. 1. 1993 und nach Vorlage weiterer Belege mit Beschluß vom 18. 6. 1993 nicht abgeholfen. Das Landgericht hat mit Beschluß vom 12. 7. 1993 die Beschwerde der Gesellschaft zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Der Notar, der das Rechtsmittel eingelegt hat, ist postulationsfähig (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG). Zwar hat er selbst in erster Instanz keinen Antrag gestellt; solche liegen aber von seinem Amts-

vorgänger vor. Als Amtsnachfolger ist er zur Beschwerdeeinlegung berechtigt (vgl. BayObLGZ 1969, 89/92 m. w. N.; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. § 15 Rdnr. 5 m. w. N.).

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

2. Die Feststellung des Landgerichts, der Nachweis über die Einzahlung der in bar zu leistenden Stammeinlagen sei trotz der Versicherung der Geschäftsführer nicht erbracht, wird durch das Vorbringen der Rechtsbeschwerde nicht erschüttert.

a) Die Prüfungspflicht des Registergerichts nach § 9 c GmbHG, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet ist, erstreckt sich auch auf die notwendigen Stammeinlageleistungen. Das Registergericht hat festzustellen, ob die vorgeschriebenen Einlageleistungen (vgl. § 7 GmbHG) vor der Anmeldung erbracht sind und bei der Anmeldung endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Grundsätzlich müssen die Versicherungen der Geschäftsführer (§ 8 Abs. 2 GmbHG) die Umstände der Einlageleistungen so genau darlegen, daß dem Registergericht eine Prüfung möglich ist. Allerdings wird der Registerrichter zusätzliche Informationen oder den Nachweis über die in der Versicherung behauptenden Umstände regelmäßig nur verlangen, wenn die Versicherungen unklar sind oder sonst sachlich berechtigter Anlaß besteht, an ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu zweifeln. Bei begründeten Zweifeln hat er Nachweise zu verlangen oder selbst Ermittlungen anzustellen (vgl. *Scholz/Winter* GmbHG 8. Aufl. Rdnr. 23, *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. Rdnr. 29, je zu § 9 c m. w. N.).

b) Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, der ersichtlich auch die zuständige Industrie- und Handelskammer zuneigt, im Interesse des Gläubigerschutzes müsse es ausreichen, wenn eine Versicherung der Geschäftsführer abgegeben werde, nach der sich auf dem Konto der Gesellschaft ein Betrag von 150.000,— DM befinde und zur uneingeschränkten Verwendung der Geschäftsführer zur Verfügung stehe, kann nur für den Regelfall gelten; ein solcher liegt aber hier nicht vor. Nach den Feststellungen des Landgerichts haben die Geschäftsführer bei der Erstanmeldung eine, zumindest objektiv, falsche Versicherung abgegeben. Das räumt auch die Rechtsbeschwerde ein. Dann kann sie aber nicht beanstanden, daß das Registergericht den zeitlich nachfolgenden Versicherungen vom 27. 1. und 27. 5. 1993, nunmehr seien zweimal 75.000,— DM in voller Höhe auf das Konto der Gesellschaft eingezahlt worden, nicht mehr vorbehaltlos glaubte und entsprechende Nachweise forderte. Hierzu war das Registergericht bei der gegebenen Sachlage nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Die vorgelegten Belege haben Registergericht und Landgericht nicht für ausreichend gehalten, um den Nachweis der Einzahlung zu erbringen. Dieses Ergebnis ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es genügt, wenn der vom Landgericht gezogene Schluß möglich ist, er muß nicht unbedingt zwingend sein. An das Ergebnis der Beweiswürdigung der Tatsacheninstanz ist das Rechtsbeschwerdegericht selbst dann gebunden, wenn andere Schlußfolgerungen ebenso nahe oder sogar näher liegen (vgl. BayObLG Rpfleger 1988, 413/414; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 6. Aufl. § 27 FGG Anm. II 3 b).

Schließlich kommt es auch nicht darauf an, daß der Gesellschaft derzeit möglicherweise ein Betrag über 150.000,—

DM, entsprechend einem vorgelegten Kontoauszug und der Bestätigung der Steuerberaterin, wertmäßig zur Verfügung steht; denn auch damit ist der fehlende Nachweis der Einzahlung durch die Gesellschafter nicht erbracht. Auf die auch mit der Rechtsbeschwerde vorgetragene Behauptung, es habe sich nicht um eine Umbuchung, sondern um eine Einzahlung auf das neu errichtete Konto gehandelt, brauchte das Landgericht schon deshalb nicht einzugehen, weil dieser Vortrag unsubstantiiert ist, solange keine Angaben zum Betrag und Datum der Einzahlung sowie zur Person des Einzahlers gemacht werden.

3. Da somit das Landgericht zu Recht angenommen hat, daß die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß angemeldet und die Anmeldung zurückzuweisen ist, erweist sich die Rechtsbeschwerde als unbegründet.

Kostenrecht

23. KostO § 20 Abs. 2, § 31 Abs. 3 (*Geschäftswertbestimmung bei einem Vorvertrag*)

1. **Gegen die Geschäftswertfestsetzung durch das Landgericht für das Beschwerdeverfahren ist die unbefristete Erstbeschwerde zulässig. Wird sie erst knapp zwei Jahre nach der Geschäftswertfestsetzung und der endgültigen Erledigung des Verfahrens eingelegt, kann ihr der Einwand der Verwirkung nicht entgegengehalten werden.**
2. **Soll zur Sicherung des aus einem Vorvertrag erwachsenen künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs eine Vormerkung eingetragen werden, ist der Geschäftswertfestsetzung in der Regel der halbe Grundstückswert zugrunde zu legen.**

BayObLG, Beschluß vom 3. 6. 1992 — 2 Z BR 24/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 36 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Durch Vorvertrag vom 27. 6. 1988 verpflichtete sich der Beteiligte zu 1 Grundbesitz für 3,6 Millionen DM an den Beteiligten zu 3 zu verkaufen, der sich seinerseits zum Kauf verpflichtete. In dem Vorvertrag ist bestimmt, daß der Abschluß des Kaufvertrags von jeder Vertragspartei mittels eingeschriebenen Briefs, jedoch nicht vor dem 2. 5. 1989 verlangt werden kann. Am 13. 6. 1989 veräußerte der Beteiligte zu 1 den Grundbesitz für 7,5 Millionen DM an eine Aktiengesellschaft, die am 15. 1. 1990 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde.

Am 25. 8. 1989 hat das Grundbuchamt den Antrag abgewiesen, für den Beteiligten zu 3 aufgrund einer von ihm erwirkten einstweiligen Verfügung eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch einzutragen. Die für den Beteiligten zu 3 von dem Beteiligten zu 4 als seinem damaligen Verfahrensbevollmächtigten eingelegte Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht am 17. 11. 1989 zurückgewiesen. Durch Beschluß vom 30. 3. 1990 hat es den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren auf 3,75 Millionen DM festgesetzt und zur Begründung, ausgeführt: Maßgebend für den Geschäftswert sei nicht der im Vorvertrag ausgewiesene Kaufpreis von 3,6 Millionen DM, sondern der höhere Wert des Grundstücks. Wie sich aus dem Kaufvertrag vom 13. 6. 1989 ergebe, betrage dieser 7,5 Millionen DM. In entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 2 KostO sei der halbe Wert anzunehmen. Damit werde die Ungewißheit des von Bedingungen abhängigen Zustandekommens des Kaufvertrags berücksichtigt. Der Fall sei einem Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht gleich zu erachten. Besondere Umstände, die eine Abweichung von dem regelmäßig anzunehmenden halben Wert rechtfertigen könnten, lägen nicht vor.

Gegen die Geschäftswertfestsetzung wenden sich die Beteiligten zu 2, die Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 mit der Beschwerde vom 18. 3. 1992. Sie beantragen, den Geschäftswert auf 7,5 Millionen DM festzusetzen und tragen zur Begründung vor: Durch den Vorvertrag sei kein mit einem Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht vergleichbares Eintrittsrecht einer der beiden Vertragsparteien begründet worden. Vielmehr seien beide Parteien verpflichtet worden, den Kaufvertrag abzuschließen. Das Zustandekommen des Vertrags sei nicht ungewiß gewesen; der Vertragsabschluß sei lediglich bis zum 2. 5. 1989 aufgeschoben worden. Eine Auflassungsvormerkung könne entweder aufgrund des Vorvertrags oder des Kaufvertrags, in jedem Fall aber nur einmal eingetragen werden. Werde sie aufgrund des Vorvertrags eingetragen, könne dies nicht zu einer Halbierung des Geschäftswerts und damit der Kosten führen.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die auf die Erhöhung des Geschäftswerts gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist als unbefristete Erstbeschwerde (BayObLGZ 1986, 489) zulässig (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 1 KostO, § 567 Abs. 2 ZPO, § 9 Abs. 2 Satz 1 BRAGO). Ihr kann auch nicht mit Erfolg der Einwand der Verwirkung entgegengehalten werden. Eine Verwirkung wird jedenfalls so lange nicht angenommen, als die Frist des § 15 KostO, innerhalb der Kosten wegen unrichtigen Ansatzes nachgefordert werden können, noch nicht abgelaufen ist (OLG Schleswig SchlHA 1982, 48). Diese Frist endete hier frühestens mit dem Ablauf des Jahres 1991. Weniger als drei Monate danach wurde die Beschwerde eingelegt. Die Voraussetzungen, unter denen eine Verwirkung angenommen werden könnte, sind damit schon hinsichtlich des Zeitablaufs nicht erfüllt, zu dem überdies noch Umstände hinzukommen müßten, die eine Einlegung der Beschwerde längere Zeit nach Erlass der angefochtenen Entscheidung als treuwidrig erscheinen ließen. Die Geschäftswertbeschwerde wurde knapp zwei Jahre nach der Geschäftswertfestsetzung und der endgültigen Erledigung des Verfahrens eingelegt. Die übrigen Beteiligten konnten bei dieser Sachlage nicht davon ausgehen, daß die Geschäftswertfestsetzung vom 30. 3. 1990 endgültig ist. Auch wenn aufgrund eines bei einer erfolgreichen Beschwerde höher festgesetzten Geschäftswerts die angesetzten Gerichtskosten wegen § 15 KostO nicht mehr geändert werden könnten, hätte die Änderung des Geschäftswerts doch für die außergerichtlichen Kosten Bedeutung. Deshalb kann auch das Rechtsschutzbedürfnis für die Beschwerde der Beteiligten zu 2 nicht verneint werden.

2. Die Geschäftswertfestsetzung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Gem. § 131 Abs. 2 KostO bestimmt sich der Wert des Beschwerdeverfahrens nach § 30 KostO. In Grundbuchsachen als vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist der Wert regelmäßig gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu schätzen. Die für den ersten Rechtszug maßgebenden Vorschriften der Kostenordnung sind nicht unmittelbar anzuwenden können aber als Anhaltspunkt herangezogen werden (BayObLG JurBüro 1984, 1883).

Das Landgericht hat sich bei der Geschäftswertfestsetzung für das Verfahren zu Recht an den für das Verfahren vor dem Grundbuchamt maßgebenden Vorschriften der §§ 19, 20 KostO orientiert. Danach ist beim Kauf eines Grundstücks der Kaufpreis oder der höhere Grundstückswert maßgebend. Hier ist nicht von dem in dem Vorvertrag vorgesehenen Kaufpreis von 3,6 Millionen auszugehen, son-

dem von dem höheren Grundstückswert, wie er sich aus dem Verkauf vom 13. 6. 1989 für 7,5 Millionen DM ergibt. Dies wird auch von keinem der Beteiligten in Frage gestellt.

In der Regel kommt für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung als Geschäftswert der volle Grundstückswert in Betracht. Dies entspricht dem Zweck der Auflassungsvormerkung, die den Eigentumsverschaffungsanspruch als solchen und damit die endgültige Eintragung des Eigentümers sichert (BayObLG Rpfleger 1986, 31 [= MittBayNot 1985, 271 = DNotZ 1986, 433]). Dieser Wert ist auch maßgebend, wenn die Eintragung einer Auflassungsvormerkung abgelehnt wird oder eine eingetragene Auflassungsvormerkung gelöscht werden soll. Allerdings erfährt der aus den §§ 19, 20 Abs. 1 KostO abgeleitete Grundsatz eine Einschränkung durch § 20 Abs. 2 KostO. Danach ist als Wert eines Vorkaufsrechts oder eines Wiederkaufsrechts in der Regel der halbe Wert der Sache anzunehmen. Durch diese geringere Bewertung nur mit dem halben Wert der Sache soll die Ungewißheit des Zustandekommens eines Kaufvertrags berücksichtigt werden, die darin liegt, daß der Kaufvertrag erst mit Eintritt einer oder mehrerer aufschiebender Bedingungen zustandekommt (BayObLGZ 1975, 450/454 [= MittBayNot 1976, 84 = DNotZ 1976, 245]). Wegen der unter diesem Gesichtspunkt weitgehenden Ähnlichkeit mit anderen bedingten Rechten, vor allem mit dem Wiederkaufsrecht, wird § 20 Abs. 2 KostO für die Bewertung des in einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag vereinbarten Ankaufsrechts entsprechend angewendet (BayObLGZ 1975, 450/455 [= MittBayNot 1976, 84 = DNotZ 1976, 245]); OLG Stuttgart Rpfleger 1980, 404), desgleichen für die Bewertung der in einem Vorvertrag aufschiebend bedingt vereinbarten Rückkaufsverpflichtung (BayObLGZ 1986, 73/75 [= MittBayNot 1987, 214]) und schließlich insbesondere auch für die Bewertung einer Auflassungsvormerkung, die den Eigentumsverschaffungsanspruch aus einer bedingten Rückübereignungsverpflichtung sichert (BayObLG Rpfleger 1986, 31 [= MittBayNot 1985, 271 = DNotZ 1986, 433]); OLG Zweibrücken Rpfleger 1989, 233; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anhang zu § 44 Anm. 17 h).

Aus den gleichen Gründen muß der § 20 Abs. 2 KostO zugrundeliegende Rechtsgedanke, insbesondere soweit er an das im Gesetz genannte Wiederkaufsrecht anknüpft, auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kommen. Durch die Auflassungsvormerkung sollte der künftige Eigentumsverschaffungsanspruch gesichert werden. Für das Entstehen des Anspruchs wäre zunächst erforderlich gewesen, daß eine der beiden Vertragsparteien den Abschluß eines Kaufvertrags verlangt hätte, wobei das Verlangen nicht vor dem 2. 5. 1989 hätte gestellt werden können und einer bestimmten Form bedurft hätte. Außerdem wäre sodann der Abschluß des Kaufvertrags Voraussetzung für das Entstehen des Eigentumsverschaffungsanspruchs gewesen. Allerdings hätte die Auflassungsvormerkung auch den dann entstandenen Eigentumsverschaffungsanspruch gesichert, ohne daß es einer weiteren Auflassungsvormerkung bedurft hätte. Gleichwohl hat es bei der regelmäßig geringeren Bewertung mit dem halben Grundstückswert zu verbleiben. Die Rechtfertigung dafür liegt darin, daß entscheidend auf den Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung oder der Ablehnung ihrer Eintragung abzustellen ist (§ 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 KostO). In diesem Zeitpunkt sollte nur ein künftiger Anspruch durch die Auflassungsvormerkung gesichert werden.

Maßgebend für den Geschäftswert ist somit der halbe Grundstückswert. Gründe dafür, wegen der besonderen Umstände des Falles hiervon abzuweichen, liegen nicht vor.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt (§ 31 Abs. 3 Satz 2, 3 KostO).

Anmerkung:

Mit dem vorstehend abgedruckten Beschluß hat das BayObLG seine Rechtsauffassung zur Wertbestimmung von Grundstücksveräußerungsverträgen, deren Zustandekommen durch eine oder mehrere aufschiebende Bedingungen abhängig ist, erneut bestätigt. Der Ungewißheit des Zustandekommens eines solchen Vertrages soll dadurch Rechnung getragen werden, daß der Geschäftswert entsprechend § 20 Abs. 2 KostO bemessen wird (vgl. BayObLG MittBayNot 1976, 84 = DNotZ 1976, 245; 1985, 271; 1987, 214 mit Anmerkung *Frank*). In gleicher Weise haben OLG Stuttgart Rpfleger 1980, 404 und OLG Zweibrücken Rpfleger 1989, 233, entschieden.

Der jetzt ergangene Beschluß befaßt sich nunmehr eingehend mit der Wertbestimmung zu einem Vorvertrag. Auch bei einem Vorvertrag stellt das BayObLG wesentlich darauf ab, ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft, also der Kaufvertrag, mit dem Eintritt einer oder mehrerer aufschiebender Bedingungen zustandekommt. Im entschiedenen Fall war das Zustandekommen des Kaufvertrages davon abhängig, daß einer der beiden Vertragsteile den Abschluß verlangt. Nach BayObLG rechtfertigt diese Vertragsbedingung die Bewertung nach § 20 Abs. 2 KostO.

Die Prüfungsabteilung der Notarkasse gibt in Anbetracht der vorliegenden Rechtsprechung ihre bisherige Auffassung — Bewertung eines Vorvertrages stets mit dem Wert des in Aussicht genommenen endgültigen Vertrages, siehe Streifzug Rdnr. 571 — auf. Die Bewertung nach § 20 Abs. 2 KostO gilt also künftig auch für Vorverträge, insbesondere für einseitig verpflichtende Vorverträge und auch für gegenseitig verpflichtende Vorverträge, wenn das Zustandekommen des endgültigen Vertrages von Bedingungen abhängt, z. B. vom Verlangen eines Vertragsteiles.

Die Wertbestimmung ist regelmäßig mit dem halben Wert des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vorzunehmen. Eine Abweichung vom Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO ist nur dann geboten, wenn Vertragsbestimmungen und etwaige sonstige verwertbare Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vereinbarten Bedingungen genügend beurteilen lassen und die Wahrscheinlichkeit ungewöhnlich groß oder gering ist (BayObLG MittBayNot 1976, 84).

Prüfungsabteilung der Notarkasse

24. KostO §§ 30, 39 (*Geschäftswert eines Erb- und Pflichtteilsverzichts*)

Bei der Geschäftswertbestimmung für die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts von Ehegatten ist zu berücksichtigen, daß sie sich in Scheidung befinden.

OLG Stuttgart, Beschluß vom 20. 5. 1992 — 8 W 101/92 —, mitgeteilt durch den 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

Aus dem Tatbestand:

Am 30. 1. 1990 beurkundete der Notar in der Urkunde Nr. 46/1990 folgendes, zwischen den nach Feststellung des Landgerichts damals in Scheidung befindlichen Eheleuten (inzwischen geschieden durch Urteil des AG) abgeschlossene Vertragswerk:

Aufhebung des bisherigen Ehevertrags, in dem Gütergemeinschaft vereinbart worden war, Vereinbarung der Gütertrennung, Auseinandersetzung des Gesamtgutes durch Übertragung des hälftigen Grundstücks an den Ehemann gegen Ausgleichszahlung, Aufhebung des 1979 abgeschlossenen Erbvertrags sowie Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag.

Bei der Kostenberechnung brachte der Notar eine doppelte Gebühr gem. §§ 46 Abs. 3, 36, 44 KostO aus einem Gegenstandswert von 245.000,— DM (wobei der Geschäftswert für den Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag gem. § 30 KostO aus 5.000,— DM festgesetzt wurde) in Höhe von 1.000,— DM in Ansatz. Diese Kostenberechnung wurde vom Bezirksrevisor anlässlich einer Überprüfung in zweierlei Hinsicht beanstandet. Zum einen sei im vorliegenden Fall eine getrennte Gebührenberechnung der Aufhebung des Erbvertrags sowie des Ehevertrags vorzunehmen, da § 46 Abs. 3 KostO — entgegen der Auffassung des Notars — bei Aufhebung eines Erbvertrags nicht anwendbar sei. Zum anderen habe die Geschäftswertberechnung des Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrags nicht gem. § 30 KostO zu erfolgen, vielmehr sei der Geschäftswert nach der Erbquote und dem im Zeitpunkt des Verzichts vorhandenen Reinvermögen zu bemessen.

Auf die vom Notar auf Weisung des Präsidenten des LG Stuttgart erfolgte Vorlage hat das LG durch Beschluß vom 27. 1. 1992 wegen der Geschäftswertfestsetzung für den Erb- und Pflichtteilsverzicht die Kostenrechnungen des Notars vom 1. 2. 1990 aufgehoben und die Akte dem Notar zur Neuerstellung der Rechnungen zurückgegeben. Es hat die weitere Beschwerde zugelassen.

Zur Begründung führt das LG aus, der Geschäftswert für den Erb- und Pflichtteilsverzicht sei nach dem entsprechenden Bruchteil am Nachlaß (Vermögen zur Zeit des Verzichts nach Abzug der Schulden) zu berechnen. Da hierzu aber keinerlei Angaben vorliegen würden, sei die Sache an den Notar zur Neuberechnung des Geschäftswerts sowie zur Neuerstellung der Kostenrechnungen zurückzugeben. Nicht zu beanstanden sei dagegen die vom Notar vorgenommene Anwendung des § 46 Abs. 3 KostO auf die mitbeurkundete Erbvertragsaufhebung.

Gegen den Beschluß legte der Notar selbst (also nicht auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts) am 14. 2. 1992 weitere Beschwerde ein.

Der Notar ist weiterhin der Ansicht, daß bei der Mitbeurkundung des Erb- und Pflichtteilsverzichts kein höherer Wert als 5.000,— DM angesetzt werden könne, da Scheidungsklage bereits erhoben gewesen sei und somit ein Ausschluß des Erbrechts nach § 1933 BGB bereits vorgelegen habe.

Aus den Gründen:

Da nur der Notar für sich selbst und nicht auch auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten weitere Beschwerde einlegte, geht es im Rechtsbeschwerdeverfahren nur noch um die Geschäftswertfestsetzung für den Erb- und Pflichtteilsverzicht.

Die gem. § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde des Notars ist begründet, da die Entscheidung des LG auf einer Gesetzesverletzung beruht. Die Entscheidung des Landgerichts war deshalb aufzuheben, so daß es bei den Kostenrechnungen des Notars verbleibt.

Eine unrichtige Anwendung des Gesetzes (§§ 156 Abs. 2 KostO, 550 ZPO) stellt die Beanstandung des LG dar, daß der Notar bei der Geschäftswertfestsetzung für den Erb- und Pflichtteilsverzicht berücksichtigte, daß sich die Eheleute in Scheidung befanden.

Bei der Bestimmung des Geschäftswerts für die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts ist von § 39 KostO auszugehen. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO), hier

also auf das Erb- und Pflichtteilsrecht, auf das verzichtet wird. Im Falle eines gegenseitigen Verzichts ist gem. § 39 Abs. 2 KostO nur der höherwertige Verzicht zugrunde zu legen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kostenordnung, 12. Aufl. § 39 Rdnr. 24).

Streitig ist in Schrifttum und Rechtsprechung, ob bei der Geschäftswertbestimmung zu berücksichtigen ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich der Erb- und Pflichtteilsverzicht voraussichtlich auswirken wird. Nach der wohl überwiegenden Meinung ist dann, wenn keine Gegenleistung vereinbart ist, der Wert des Verzichtungsvertrags nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen, wobei der Wert des gegenwärtigen reinen Vermögens des Erblassers und des dem Verzichtenden daran zustehenden Anteils sowie der Grad der Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und der Erhöhung oder Verminderung des Vermögens des Erblassers bis zu seinem Tod zu berücksichtigen sind (*Rohs/Wedewer*, Kostenordnung § 39 Rdnr. 14; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling*, Kostenordnung § 39 Anm. 23; *Schmidt*, Juristisches Büro 62, 326; *Schalhorn* Juristisches Büro 69, 211). Nach der Gegenmeinung ist für den Wert des Verzichts dagegen nur der entsprechende Bruchteil aus dem „Reinnachlaß“ maßgebend. Nicht zu berücksichtigen seien der Grad der Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und die Änderung der Vermögensverhältnisse, weil es sich dabei um Umstände handelt, die überhaupt nicht absehbar seien und der Erb- oder Pflichtteilsfall ja sogleich nach dem Verzicht eintreten könne (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* § 30 Rdnr. 28, § 39 Rdnr. 23 f.; *Ackermann* JVB 67, 221).

In Übereinstimmung mit der Meinung, daß bei der Bestimmung des Geschäftswerts für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht auch die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Erb- oder Pflichtteilsfalls zu berücksichtigen ist, ist der Senat der Ansicht, daß im Falle der Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts von Ehegatten geschäftswertmindernd zu berücksichtigen ist, daß die Ehegatten in Scheidung leben.

Gem. § 1933 BGB ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten (und damit sein Pflichtteilsrecht) ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Dies bedeutet, daß der Geschäftswert eines Erb- und Pflichtteilsverzichts, den ein in Scheidung lebender Ehegatte abgibt, erheblich geringer ist als wenn bei denselben Ehegatten eine Scheidung nicht in Aussicht stünde. Mit Rechtskraft der Scheidung entfällt das Erb- (und Pflichtteils-)recht des Überlebenden ohnehin. Ab Zustellung des Scheidungsantrags ist wegen § 1933 BGB die Beurkundung des Erbverzichts nur für den Fall von Bedeutung, daß der Scheidungsantrag nicht begründet sein oder zurückgenommen werden sollte oder ein Ehegatte vor rechtskräftiger Scheidung stirbt, weil der beurkundete Erbverzicht dann die Erben gegenüber dem überlebenden Ehegatten des Nachweises der Scheidungsvoraussetzungen gem. § 1933 BGB enthebt. Da § 1933 BGB erst ab Zustellung des Scheidungsantrags eingreift, ist die Beurkundung des Erbverzichts zwar von größerer Bedeutung, wenn die scheidungswilligen Ehegatten einen Scheidungsantrag noch nicht gestellt haben, doch ist die ernsthafte Scheidungsabsicht auch in solchen Fällen geschäftswertmindernd zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn die Beurkundung zur Vorbereitung des Scheidungsverfahrens erfolgt.

Durch die Beurkundung des gegenseitigen Erb- und Pflichtteilsverzichts begaben sich die Ehegatten im vorliegenden Fall also nicht der Chance des Erbes in Höhe ihres gesetzlichen Anteils am Reinvermögen des anderen Ehegatten. Vielmehr verzichteten sie auf ein wegen der Wirkungen des Scheidungsverfahrens nahezu wertlos gewordenes Erbrecht. Es wäre deshalb unbillig, wenn der Geschäftswert in Höhe des gesetzlichen Erbteils am Reinvermögen festgesetzt würde. Die Berücksichtigung des persönlichen Umstands, daß sich die Ehegatten in Scheidung befinden, lassen bei der Geschäftswertfestsetzung entgegen der Ansicht des OLG München DNotZ 39, 682 Wortlaut und Funktion sowohl der Vorschrift des § 30 Abs. 1 KostO als auch des § 30 Abs. 2 KostO zu.

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, daß der Notar für den Erb- und Pflichtteilsverzicht einen Geschäftswert von 5.000,— DM zugrunde gelegt hat.

25. KostO § 39 Abs. 1, § 30 Abs. 1 (*Bewertung einer Investitionsverpflichtung*)

Zur Bewertung von Investitionsverpflichtung und Arbeitsplatzgarantie bei einem Unternehmenskaufvertrag
(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Leipzig, Beschluß vom 15. 11. 1993 — 1 T 2056/93 —

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag des Beschwerdegegners vom 4. 5. 1992 hat die Treuhandanstalt an den Beschwerdeführer und 3 andere Personen ihren Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000,— DM entsprechend 100% des Stammkapitals der C. GmbH (durch Umwandlung der vormaligen VEB A. entstanden) nach Aufteilung der Geschäftsanteile auf die Erwerber übertragen. Dabei haben der Beschwerdeführer einen Teilgeschäftsanteil zu 35.000,— DM, die 3 weiteren Personen einen Teilgeschäftsanteil zu je 5.000,— DM erworben.

Die Käufer haben sich zu folgenden Gegenleistungen verpflichtet:

- Kaufpreis von 50.000,— DM,
- Verpflichtung, mindestens 40 Arbeitnehmer auf die Dauer von 3 Jahren zu beschäftigen,
- bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung erhöht sich der Kaufpreis um 3.000,— DM pro Monat für jeden nicht erhaltenen Arbeitsplatz auf die Dauer der Nichteinhaltung, mindestens jedoch um 25.000,— DM pro Jahr,
- Verpflichtung, Investitionen in Höhe von mindestens 5.000.000,— DM bis 31. 12. 1995 für Produktions- und Versuchsanlagen in den Kaufgegenstand vorzunehmen,
- gemäß Ziffer 4.9.3. der Urkunde erhöht sich der Kaufpreis um die bis 31. 12. 1995 nicht getätigten Investitionen,
- Verpflichtung der Käufer zur Freistellung des Veräußerers aus Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe von 1.481.000,— DM und 145.000,— DM, insgesamt um 1.626.000,— DM,
- bedingte Verpflichtung zur Zahlung einer Wertdifferenz, wenn der Verkehrswert der Grundstücke bei einer späteren Neubewertung den Wertansatz für den Grund und Boden um mehr als 5% übersteigt.

In der Rechnung vom 14. 8. 1992, die der Beschwerdegegnern nach Einholung einer vorherigen Auskunft der Ländernotarkasse vom 3. 8. 1992 erstellt hat, hat er folgenden Geschäftswert auf der Grundlage der Leistungen der Erwerber berechnet:

Kaufpreis:	50.000,— DM
bedingte Kaufpreiserhöhung für Grund und Boden (§ 30 Abs. 1 KostO, 10% aus 2.250.939,— DM) =	225.093,— DM

Investitionsverpflichtung (mitabgeholten Arbeitsplatzgarantie) =	5.000.000,— DM
Freistellung aus Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen =	1.626.000,— DM
Gesamtwert	<u>6.901.093,— DM</u>

Aus diesem Geschäftswert hat der Beschwerdegegnern eine um 20% ermäßigte ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 in Höhe von 16.784,— DM erhoben.

Hiergegen wendet sich der Beschwerdeführer. Er beanstandet den Wertansatz für die Investitionsverpflichtung, für die Nachbewertungsvereinbarung und für die Freistellungsverpflichtung aus der Bürgschafts- und Garantieverpflichtung.

Das Landgericht hat die Ländernotarkasse in Leipzig um eine gutachtliche Stellungnahme gebeten, die unter dem 20. 7. 1993 erstattet worden ist.

Nach Vorlage der Stellungnahme der Ländernotarkasse hat der Beschwerdeführer seine Einwendungen nur noch hinsichtlich des Wertansatzes für die Investitionsverpflichtung aufrechterhalten.

Aus den Gründen:

Die nach § 156 KostO zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Die Kostenrechnung des Beschwerdegegners vom 14. 8. 1992 ist formell in Ordnung und inhaltlich nicht zu beanstanden.

Die Einwendungen des Beschwerdeführers sind unbegründet, auch soweit er sie jetzt noch aufrechterhält. Die Investitionsverpflichtung (Nr. 8 des notariellen Vertrages vom 4. 5. 1992) ist wesentliche Vertragsgrundlage der Übertragung der Geschäftsanteile an dem Unternehmen von der Treuhandanstalt Berlin auf den Beschwerdeführer und seine Mitgesellschafter. Sie ergibt sich aus der öffentlichen Aufgabe der Treuhandanstalt nach § 2 des Treuhandgesetzes.

Die Kammer folgt den Ausführungen der Ländernotarkasse in ihrer Stellungnahme vom 20. 7. 1993, daß bei der vorliegenden Unternehmensveräußerung für die Bewertung der Investitionsverpflichtung der volle Wert gem. § 39 Abs. 1 KostO anzusetzen ist und nicht ein Teilwert gem. § 30 Abs. 1 KostO. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers kann der vorliegende Unternehmenskaufvertrag nicht einem Grundstückskaufvertrag gleichgestellt werden.

Im übrigen ist die zusätzliche vertragliche Verpflichtung zur Arbeitsplatzsicherung in dem in der angefochtene Kostenrechnung angegebenen Wertansatz von 5.000.000,— DM mit enthalten. Zu Recht macht die Ländernotarkasse in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, daß bei einem etwaigen Abschlag bei dem Wertansatz für die Investitionsverpflichtung die Verpflichtung zur Arbeitsplatzsicherung gesondert bewertet werden müßte.

Nach der Meinung der Kammer ist dies jedoch nicht erforderlich, da von dem festgesetzten vollen Wert der Investitionsverpflichtung in Höhe von 5.000.000,— DM auszugehen ist und daher in Übereinstimmung mit der Würdigung der Ländernotarkasse von einem besonderen Wertansatz für die Arbeitsplatzgarantie abgesehen werden kann.

Im übrigen wird auf die eingehende und überzeugende Stellungnahme der Ländernotarkasse vom 20. 7. 1993 Bezug genommen.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt.

Steuerrecht

26. BewG § 13 Abs. 1, § 92; ErbStG 1974 § 12 Abs. 1 und 2
(Zur Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung nach Einheitswerten)

Zur Zulässigkeit einer Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG
(hier: § 12 Abs. 1 und 2 ErbStG — Einheitswerte)

BVerfG, Beschluß vom 14. 12. 1993 — 1 BvL 25/88 —

Aus dem Tatbestand:

Das Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, ob § 12 Abs. 1 und 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) in der für das Jahr 1983 geltenden Fassung insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar war, als danach erbschaftsteuerrechtlich die Bereicherung durch Grundbesitz mit dem Einheitswert, dagegen die Bereicherung durch einen Erbbauzinsanspruch für ein an demselben Grundstück bestelltes Erbbaurecht mit dem vollen Kapitalwert bemessen wurde.

I. Die Bewertung des Vermögensanfalls beim Erb- oder Schenkungsfall richtet sich nach § 12 ErbStG. Die ersten beiden Absätze der Vorschrift hatten in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17. 4. 1974 (BGBl. I S. 933) den folgenden Wortlaut:

(1) Die Bewertung richtet sich, soweit nicht in den Absätzen 2 bis 6 etwas anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes (Allgemeine Bewertungsvorschriften).

(2) Grundbesitz (§ 20 des Bewertungsgesetzes) und Mineralgewinnungsrechte (§ 100 des Bewertungsgesetzes) sind mit dem Einheitswert anzusetzen, der nach dem Zweiten Teil des Bewertungsgesetzes (Besondere Bewertungsvorschriften) auf den Zeitpunkt festgestellt ist, der der Entstehung der Steuer vorangegangen ist oder mit ihr zusammenfällt.

Für den Fall, daß zum Vermögensanfall ein Grundstück gehört, welches mit einem Erbbaurecht belastet ist, bestimmt § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 BewG, daß als Gesamtwert der Einheitswert zu ermitteln ist, der ohne die Belastung mit einem Erbbaurecht anzusetzen wäre. Dieser wird sodann nach Maßgabe des § 92 Abs. 2 und Abs. 3 BewG auf das Grundstück und auf das als Grundvermögen anzusehende Erbbaurecht (§ 68 Abs. 1 Nr. 2 BewG) aufgeteilt. Beträgt die Dauer des Erbbaurechts noch 50 Jahre oder mehr, ist der gesamte Wert bei dem Erbbauberechtigten anzusetzen. Unabhängig hiervon sind nach § 92 Abs. 5 BewG sowohl der Erbbauzinsanspruch bei dem Grundstückseigentümer als auch die Erbbauzinsverpflichtung bei dem Erbbauberechtigten zu berücksichtigen. Der Maßstab für diesen Ansatz ergibt sich aus § 13 Abs. 1 BewG. Die Zahlung des Erbbauzins ist hiernach eine wiederkehrende, auf bestimmte Zeit beschränkte Leistung, die unter Beachtung des im Gesetz festgelegten Jahreszins von 5,5 vom Hundert mit höchstens dem 18fachen des Jahreswertes angesetzt werden darf.

Diese Berücksichtigung des Erbbauzins mit dem vollen Kapitalwert neben der Bewertung des Grundstücks und des Erbbaurechts ist so lange unproblematisch, als der jährliche Erbbauzins entsprechend der Regelung des § 13 Abs. 1 BewG 5,5 vom Hundert des Einheitswertes für Grund und Boden ausmacht; denn unter dieser Voraussetzung ergeben der bei den Grundstückseigentümern anzusetzende Teil des Einheitswertes und der zusätzlich zu erfassende Kapitalwert des Erbbauzins zusammen etwa den Einheitswert. Im Regelfall werden aber die Erbbauzinsen nicht nur 5,5 vom Hundert des Einheitswertes ausmachen, sondern beträchtlich höher sein und schon deshalb zu einem höheren Kapitalwert als dem Einheitswert führen. Die gegenwärtig geltenden Einheitswerte des Grundbesitzes stellen nämlich, gemessen an den Verkehrswerten, keine zeitnahen Werte dar.

II. 1. Der Kläger des Ausgangsverfahrens ist testamentarischer Miterbe zu $\frac{1}{8}$ nach seinem am 29. 5. 1983 verstorbenen Großvater (Erblasser); der Vater des Klägers und Sohn des Erblassers lebte zum Zeitpunkt des Erbfalls.

Zum Nachlaß gehörte ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück. Der Erbbauzins hierfür belief sich im Zeitpunkt des Erbfalls auf 29.312,25 DM vierteljährlich und war noch für 86 Jahre zu entrichten. Das Finanzamt hatte den Einheitswert des Grundstücks nach den Wertverhältnissen auf den 1. 1. 1964 mit 1.784.900 DM festgestellt und gem. § 92 Abs. 2 BewG allein dem Erbbauberechtigten zugerechnet. In dem an den Kläger gerichteten Erbschaftsteuerbescheid setzte das Finanzamt den Jahreswert des Erbbauzinsanspruchs mit 117.249 DM an und kam über einen Vervielfältiger von 18 zu einem Kapitalwert des Erbbaurechts von 2.110.482 DM.

Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb erfolglos. Mit seiner Klage machte der Kläger geltend, es verstoße gegen den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, wenn der von ihm geerbte Erbbauzinsanspruch mit einem höheren Kapitalwert als dem Grundstückseinheitswert besteuert werde. Hilfsweise trug er vor, es wäre jedenfalls sachlich unbillig, wenn dieser Erbbauzinsanspruch mit einem höheren Kapitalwert besteuert würde als mit dem Verkehrswert des belasteten Grundstücks. Unter Hinweis auf ein Gutachten des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Hamburg behauptete der Kläger, der Verkehrswert habe im Zeitpunkt des Erbfalls nur 1,7 Mio. DM betragen.

2. Das Finanzgericht setzte das Verfahren aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor,

ob § 12 Abs. 1 und Abs. 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes im Jahre 1983 insoweit gegen das Grundgesetz verstieß, als er bestimmte, daß die erbschaftsteuerliche Bereicherung durch Grundbesitz mit dem nach dem Zweiten Teil des Bewertungsgesetzes festgestellten Einheitswert, die erbschaftsteuerliche Bereicherung durch einen Erbbauzinsanspruch für ein auf demselben Grundstück bestelltes Erbbaurecht nach § 13 Abs. 1 BewG zu bemessen war.

Zur Begründung führt das Finanzgericht im wesentlichen aus (vgl. zu den Einzelheiten EFG 1988, S. 586):

§ 12 Abs. 1 ErbStG 1974 verweise auf den Ersten Teil des Bewertungsgesetzes, § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 dagegen auf den Zweiten Teil. Das bedeute für den Fall des Klägers, daß bei ihm gem. § 92 Abs. 2 BewG für das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück ein Einheitswert nicht anzusetzen sei, weil hier im Zeitpunkt des Erbfalls die Dauer des Erbbaurechts noch 86 Jahre betragen habe. Die für die Bewertung des Rechts auf den Erbbauzins einschlägige Vorschrift des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes sei § 13 Abs. 1 BewG. Hiernach müsse bei dem Kläger der Erbbauzinsanspruch kapitalisiert werden, und zwar in Höhe des 18fachen des Jahreswertes. Eine Begrenzung nach § 16 BewG komme nicht in Betracht, da es sich bei den Erbbauzinsen um wiederkehrende Leistungen und nicht um wiederkehrende Nutzungen handele (vgl. BFH, BStBl. 1987 II S. 101).

Zwar sei § 92 BewG, der gem. § 12 Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG 1974 anzuwenden sei und nach dem erbschaftsteuerlich das Recht auf Erbbauzinsen neben dem Eigentum am Erbbaugrundstück gesondert bewertet werden müsse, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BFH, a. a. O.). Die nach der bestehenden Gesetzeslage vorzunehmende Besteuerung des Erwerbs des Klägers verstoße bezüglich des Ansatzes des Erbbauzinsanspruchs im Vergleich zum Ansatz von Grund und Boden aber gegen den Gleichheitssatz. Das Recht auf Erbbauzinsen sei im Vergleich zu dem auch für die Erbschaftsteuer nach den Einheitswerten anzusetzenden Grundbesitz erheblich überbewertet. Diese Ungleichbehandlung sei nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise zu vereinbaren. Sie stelle mangels einleuchtender Gründe im Jahre 1983 objektive Willkür dar.

Die letzte Hauptfeststellung der Einheitswerte des Grundbesitzes sei auf den Beginn des Jahres 1964 durchgeführt worden. Seitdem hätten sich — ungeachtet des § 121 a BewG — die für die Erbschaftsbesteuerung maßgeblichen Werte für den Grundbesitz einerseits und für die sonstigen Vermögenswerte, zu denen auch der Anspruch auf Erbbauzinsen gehöre, andererseits so auseinanderentwickelt, daß von einer Gleichmäßigkeit der Besteuerung keine Rede mehr sein könne. Diese Entwicklung habe zu einer verfassungswidrigen Privilegierung des Grundbesitzes geführt.

Das zeige auch der vorliegende Fall. Der Kläger müsse nach der bestehenden Gesetzeslage einen 3,2mal so hohen Wert der Erbschaftsteuer zu führen, als wenn nur der Bodenwertanteil des erbbaubelasteten Grundstücks als Bereicherung zu erfassen wäre. Er müsse demnach eine Bereicherung versteuern, die möglicherweise noch höher sei als der anteilige Verkehrswert des Grundstücks. Ein Erwerber, dem das Grundstück ohne Belastung mit dem Erbbaurecht zugefallen wäre, hätte demgegenüber eine Bereicherung von — höchstens — 38,6 vom Hundert des Verkehrswertes zu versteuern. Sachgerechte Gründe für diese unterschiedliche Bewertung der erbschaftsteuerlichen Bereicherung seien nicht erkennbar. Die tatsächliche Entwicklung der Bewertung habe zu einem unter dem Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit unerträglichen Auseinanderklaffen der wirklichen Werte und der nach § 12 Abs. 2 ErbStG 1974 für die Besteuerung des Grundbesitzes maßgeblichen Werte geführt.

III. In dem Verfahren haben der Bundesminister der Finanzen namens der Bundesregierung, der Präsident des Bundesfinanzhofs und das im Ausgangsverfahren beklagte Finanzamt Stellung genommen.

1. Nach Auffassung des Bundesministers ist die Vorlage unzulässig. Gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG setze eine zulässige Vorlage voraus, daß die dem Bundesverfassungsgericht vorgelegte Frage entscheidungserheblich sei. Das treffe hier nicht zu. . . .

Daß eine Verfassungswidrigerklärung der Einheitswerte des Grundbesitzes zu keiner Herabsetzung der Erbschaftsteuer führen könne, habe eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts erst 1989 in einem Nichtannahmebeschluß (1 BvR 171/89 — BStBl. 1990 II S. 103) angenommen, indem sie (unter Anknüpfung an BVerfGE 65, 160 [170]) festgestellt habe, daß im Wege der Verfassungsbeschwerde eine Herabsetzung des dem Verkehrswert entsprechenden Wertansatzes nicht mit der Begründung erreicht werden könne, die Einheitswerte seien nicht zeitnah bewertet.

2. Der Präsident des Bundesfinanzhofs hat eine Stellungnahme des Zweiten Senats übermittelt. Dieser führt aus, er habe bereits durch Beschluß vom 11. 6. 1986 (BStBl. 1986 II S. 782) die Auffassung vertreten, daß das Unterbleiben einer neuen Hauptfeststellung auf dem Gebiet der Einheitsbewertung des Grundbesitzes seit dem 1. 1. 1980 nicht mehr mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren sei. Die Diskrepanz der verschiedenen Wertansätze zeige sich auch in der vorliegenden Sache. Der Kapitalwert des Erbbauzinses hinsichtlich des Grundstücks belaufe sich auf 2.110.482 DM, während Grund und Boden nur mit 140 vom Hundert des anteiligen Einheitswertes, also mit 655.977 DM anzusetzen wäre.

In Art. 10 § 3 des Gesetzes zur Reform der Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17. 4. 1974 sei ferner festgelegt, daß insbesondere § 12 ErbStG nur für solche Kalenderjahre gelte, in denen Grundstücke für die Erbschaft- und Schenkungsteuer mit 140 vom Hundert der auf den Wertverhältnissen vom 1. 1. 1964 beruhenden Einheitswerte anzusetzen seien. Deshalb werde dann, wenn die nach den Wertverhältnissen vom 1. 1. 1964 ermittelten Einheitswerte nicht mehr anzuwenden seien, eine vor allem tarifliche Neuordnung für die Erbschaftsteuer erforderlich. Dadurch bekämen Steuerpflichtige, die nur Vermögen hätten, welches zu zeitnahen Werten bewertet werden müsse, die Chance, daß ihr Vermögen — nach einer Heranführung der Einheitswerte des Grundbesitzes an die inzwischen eingetretene Wertentwicklung — nach günstigeren Tarifen besteuert würde.

Gehe man gleichwohl von der Verfassungsmäßigkeit des § 12 ErbStG 1974 und der von ihm für anwendbar erklärten bewertungsrechtlichen Vorschriften aus, so stelle sich weiter die Frage, ob der Gesetzgeber die Bewertung der mit Erbbaurechten belasteten Grundstücke und der Erbbaurechte selbst in § 92 BewG in einer Weise geregelt habe, die mit dem Gleichheitssatz vereinbar sei. Der Zweite Senat des Bundesfinanzhofs habe diese Frage bejaht. Der Anspruch auf den Erbbauzins komme nach der Konzeption der Vorschrift einer Kaufpreisforderung für den teilweisen Übergang von Eigentumsrechten gleich (BStBl. 1987 II S. 101).

Die bei der Konzeption des § 92 BewG zutage tretenden Diskrepanzen zwischen dem Einheitswert des Erbbaurechts sowie des belasteten Grundstücks (falls ein solcher überhaupt festzustellen sei) und dem Kapitalwert des Erbbauzinses hätten nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dadurch weitgehend beseitigt werden sollen, daß der Jahreswert des Erbbauzinses nicht mehr als den 18. Teil des Wertes betrage, der sich nach dem Bewertungsrecht als Wert von Grund und Boden ergebe. Dieser nach Meinung des Zweiten Senats sinnvollen Regelung sei dadurch die Grundlage entzogen worden, daß § 16 Abs. 2 BewG a. F. durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. 1. 1971 (vgl. BVerfGE 30, 129) verfassungskonform nur als Vergünstigung für die Erbbauperpflichteten ausgelegt werde. Daraufhin habe der Gesetzgeber die Vorschrift aufgehoben, weil er es nicht für vertretbar gehalten habe, Erbbauberechtigte und Erbbauperpflichtete hinsichtlich des Ansatzes des Kapitalwertes der Erbbauzinsen als Forderung oder Schuld unterschiedlich zu behandeln. Der Zweite Senat halte diese Entscheidung des Gesetzgebers für folgerichtig, auch wenn es gerechter gewesen wäre, § 16 Abs. 2 BewG a. F. für Erbbauperpflichtete und Erbbauberechtigte bestehen zu lassen. Eine Anwendung des § 16 BewG scheidet für die vorliegende Fallgestaltung jedenfalls aus.

3. Das Finanzamt hält die im Vorlagebeschluß vertretene Auffassung für unzutreffend.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist unzulässig.

I. Nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muß das vorlegende Gericht ausführen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Norm abhängt. Sodann muß es sich eingehend mit der einfachrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen und, soweit Anlaß dazu besteht, die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassungen verarbeiten (vgl. BVerfGE 78, 165 [172]; 80, 68 [72 f.]; 80, 96 [100] m. w. N.). Ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken erst aus dem Zusammenwirken mehrerer Bestimmungen des einfachen Rechts, so kann zwar grundsätzlich jede von ihnen Gegenstand einer Vorlage sein (vgl. BVerfGE 82, 60 [84 f.]; 82, 198 [206]), doch müssen die mit der zur Prüfung gestellten Norm zusammenwirkenden Vorschriften in die Darstellung der einfachrechtlichen Rechtslage einbezogen werden (vgl. BVerfGE 78, 306 [316]; 80, 96 [101]; 83, 111 [116]).

Ferner muß das vorlegende Gericht deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist und aus welchen Gründen es zu dieser Auffassung gelangt ist. Auch insoweit bedarf es eingehender, Rechtsprechung und Schrifttum einbeziehender Darlegungen (vgl. BVerfGE 78, 165 [171 f.] m. w. N.).

II. Diesen Anforderungen wird die Vorlage in mehreren Beziehungen nicht gerecht. (*Wird ausgeführt.*)

Gegen die bestehenden Einheitswerte für Grundvermögen werden allerdings in Rechtsprechung und Literatur — auch bei Zugrundelegung der von § 121 a BewG generell angeordneten Erhöhung um 40 vom Hundert — verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht, die sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen. Dennoch ist es keineswegs zwingend, daß diese Bedenken in gleichem Maße für alle Formen des Grundstückseigentums zutreffen. Das Bundesverfassungsgericht hat es in seinem Urteil vom 10. 2. 1987 für zulässig gehalten, daß die Berechnung der Einheitswerte je nach Grundstücksart auf Grund unterschiedlicher Regeln vorgenommen wird (vgl. BVerfGE 74, 182 [200 f.]). Erwägenswert ist daneben zumindest, daß Grundstücke

verschieden behandelt werden können, je nachdem, ob sie ihrem Eigentümer verhältnismäßig hohe oder niedrige Erträge bringen; es ist durchaus nicht ausgeschlossen, daß auch bei den von einem Einheitswert abhängenden Steuern besondere Grundsätze gelten, wenn die daraus resultierenden Steuern nicht mehr aus dem Ertrag, sondern „aus der Substanz“ gezahlt werden müssen. Weitere verfassungsrechtliche Fragen mögen hinzukommen. . . .

27. EStG 1983 § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 21 (*Einkommensteuerrechtliche Behandlung der Zugewinnausgleichsforderung*)

Beteiligt ein geschiedener Ehegatte aufgrund eines Scheidungsfolgenvergleichs zur Regelung des Zugewinnausgleichs seinen früheren Ehepartner an seinen Grundstückserträgen, so kann er diese Aufwendungen nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen. Der erkennende Senat gibt seine entgegenstehende Rechtsauffassung im Urteil vom 24. 1. 1989 IX R 111/84 (BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706) auf.

BFH, Urteil vom 8. 12. 1992 — IX R 68/89 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und der Beigeladene zu 1 sind Miteigentümer mehrerer Grundstücke, aus denen sie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen. Anlässlich der Scheidung seiner Ehe mit der Beigeladenen zu 2 schloß der Kläger einen zum gerichtlichen Protokoll erklärten Scheidungsfolgenvergleich folgenden Inhalts:

„1. . . . Der Zugewinnausgleich über diese Liegenschaften wird zurückgestellt. Wird eine Liegenschaft oder Teile davon veräußert, so erhält die Ehefrau die Hälfte des Erlöses nach Abzug der dann valutierenden Belastungen . . .

2. Die Ehefrau erhält eine stille Beteiligung von 25% der Erträge der . . . Liegenschaften.“

Der Beklagte (das Finanzamt — FA —) stellte die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung des Klägers und des Beigeladenen zu 1 aus einem bestimmten Grundstück für das Streitjahr (1984) gesondert und einheitlich fest. Er lehnte es dabei ab, den Anteil der Beigeladenen zu 2 an den Grundstückserträgen als Sonderwerbungskosten des Klägers anzusetzen.

Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision, die er auf Verletzung materiellen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Nr. 1 EStG) und formellen Rechts stützt.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

1. Zutreffend hat das FG eine Abziehbarkeit als Sonderwerbungskosten des Klägers nicht schon mit der Begründung verneint, die Beigeladene zu 2 habe wegen der vereinbarten Ertragsbeteiligung selbst Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 Abs. 1 EStG erzielt.

Nach der zu gerichtlichem Protokoll erklärten Vereinbarung des Klägers mit der Beigeladenen zu 2 anlässlich der Scheidung ihrer Ehe wurde der Ausgleich des Zugewinns bis zum Verkauf bestimmter Grundstücke zurückgestellt. Als Gegenleistung beteiligte der Kläger die Beigeladene zu 2 an den Grundstückserträgen. . . . Der Kläger hat die Beigeladene zu 2 nicht an den Vermietungseinkünften beteiligt, sondern ihr nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf

einen Teil seiner Erträge zugewendet (vgl. auch Senatsentscheidung vom 3. 12. 1991 IX R 155/89, BFHE 166, 460, BStBl II 1992, 459).

2. Das FG hat eine Abziehbarkeit der der Beigeladenen zu 2 zugeflossenen anteiligen Grundstückserträge als Werbungskosten rechtsfehlerfrei deshalb verneint, weil dieser Aufwand des Klägers nicht durch Einkunftserzielung durch Nutzungsüberlassung, sondern durch einen nichtsteuerbaren Vorgang in der Vermögenssphäre zur Regelung des Zugewinnausgleichs veranlaßt ist.

Werbungskosten sind nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bilden grundsätzlich alle Aufwendungen, bei denen objektiv ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung besteht und die subjektiv zur Förderung der Nutzungsüberlassung gemacht werden (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Senatsurteil vom 23. 1. 1990 IX R 17/85, BFHE 159, 491, BStBl II 1990, 465). Ein Werbungskostenabzug ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Aufwendungen nicht durch die Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, sondern durch die private Vermögenssphäre veranlaßt sind (Senatsurteile vom 26. 11. 1985 IX R 64/82, BFHE 145, 211, BStBl II 1986, 161 [= MittBayNot 1986, 102]; vom 23. 1. 1990 IX R 8/85, BFHE 159, 488, BStBl II 1990, 464 [= MittBayNot 1990, 271]).

Nach diesen Grundsätzen ist ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den strittigen Aufwendungen und den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung zu verneinen.

a) Die Ertragsbeteiligung, die der Kläger als Werbungskosten geltend macht, stellt Aufwand für den Aufschub der Zugewinnausgleichsverpflichtung dar, die nicht durch die Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, sondern durch die Beendigung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft infolge der Ehescheidung veranlaßt ist. Die Verpflichtung des Klägers zum Zugewinnausgleich hat als Folge der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung mit der Beigeladenen zu 2 ihren Rechtsgrund in der Vermögenssphäre des Klägers, die für die Ermittlung seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung unerheblich ist. . . .

b) Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Ertragsbeteiligung der Beigeladenen zu 2 und den Vermietungseinkünften des Klägers läßt sich auch nicht damit begründen, daß die Ausgleichsverpflichtung auf den Wert des dem Kläger zur Einkunftserzielung dienenden Grundvermögens zurückzuführen ist. Mit dieser Begründung hat der erkennende Senat allerdings Schuldzinsen für ein zum Zwecke des Zugewinnausgleichs aufgenommenes Darlehen insoweit als bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbare Werbungskosten beurteilt, als der Wert des der Einkunftserzielung dienenden Grundstücks Bemessungsgrundlage für den Zugewinnausgleich war (Senatsentscheidung vom 24. 1. 1989 IX R 111/84, BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706). An dieser Rechtsauffassung hält der erkennende Senat jedoch nicht mehr fest. Denn bei der Ermittlung von Überschusseinkünften ist zu unterscheiden zwischen der Sphäre der Einkunftserzielung durch Überlassung zur Nutzung und der nichtsteuerbaren Vermögenssphäre. Regelungen über den Zugewinnausgleich betreffen nur das Vermögen, nicht aber die Einkunftserzielung von Eheleuten.

Für die steuerliche Beurteilung des Zugewinnausgleichs hat es entgegen der Auffassung des Klägers keine Bedeutung, daß Abfindungszahlungen von Miterben im Rahmen einer Erbauseinandersetzung zu Anschaffungskosten führen können (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 5. 7. 1990 GrS 2/89, BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 [= MittBayNot 1990, 386]). Der Ausgleich unter Miterben unterscheidet sich bereits zivilrechtlich maßgebend vom Ausgleich des Zugewinns.

Miterben sind in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit dinglich am Nachlaß beteiligt; sie leisten Abfindungszahlungen, um die dingliche Zuordnung von Nachlaßgegenständen im Rahmen der Erbauseinandersetzung zu ändern. § 1378 BGB gewährt hingegen nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns, der die Zuordnung des Eigentums unberührt läßt. Diese unterschiedliche zivilrechtliche Gestaltung hat der BFH auch in anderen Fällen der steuerlichen Wertung zugrunde gelegt und aufgrund dessen die Erfüllung eines Vermächtnisses (Senatsentscheidung vom 28. 4. 1992 IX R 178/88, BFH/NV 1992, 658) sowie die Tilgung eines Erbersatzanspruchs nach § 1934 a BGB (BFH-Urteil vom 17. 10. 1991 IV R 97/89, BFHE 166, 149, BStBl II 1992, 392) als Vorgänge behandelt, die nicht mit der Einkunftserzielung zusammenhängen (vgl. auch *Groh*, 1992, 444, 446 ff.).

Der erkennende Senat weicht nicht von dem Urteil des VIII. Senats des BFH vom 22. 1. 1991 VIII R 310/84 (BFH/NV 1991, 594) ab. Darin hat der VIII. Senat eine Zugewinnausgleichsschuld insoweit wie eine betriebliche Verbindlichkeit behandelt, als der auszugleichende Gewinn im Bereich des Betriebsvermögens entstanden ist und vereinbarungsgemäß als Darlehensschuld bestehen bleiben soll. Diese Entscheidung ist überholt. Der VIII. Senat hat zwischenzeitlich in seinem Urteil vom 14. 4. 1992 VIII R 6/87 (BFHE 169, 511, BStBl II 1993, 275) eine Pflichtteilsverbindlichkeit auch insoweit als privat veranlaßt angesehen, als der Pflichtteil im Bereich von Betriebsvermögen entstanden ist. Die Auffassung, daß eine grundsätzlich privat veranlaßte Verbindlichkeit durch die Vereinbarung ihres Fortbestehens als Darlehen in eine betriebliche Schuld umgewandelt werden kann, ist durch den Beschluß des Großen Senats in BFHE 161, 290, 305, BStBl II 1990, 817, C II. 3. d der Gründe, überholt, wie bereits oben in Abschn. II. 2. a ausgeführt worden ist. Der vom Kläger hilfsweise begehrten Vorlage der Sache an den Großen Senat des BFH bedarf es daher nicht.

c) Eine wirtschaftliche Verknüpfung der Ertragsbeteiligung der Beigeladenen zu 2 mit den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung folgt schließlich auch nicht aus der Erwägung, dieser habe seine Vermietungstätigkeit nur deswegen fortsetzen können, weil er einen Aufschub des Zugewinnausgleichs gegen Zahlung des strittigen Aufwands erreicht habe. Dies wäre eine einkommensteuerrechtlich unbeachtliche Umwidmung der nicht in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung entstandenen Ausgleichsforderung. Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 21. 11. 1989 IX R 10/84 (BFHE 159, 68, 71, BStBl II 1990, 213, unter 2. c der Gründe) entschieden hat, kann ein Steuerpflichtiger eine Schuld nicht durch bloßen Willensakt in eine Verbindlichkeit umwandeln, die ihm nunmehr zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung dient, um die Schuldzinsen künftig bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abziehen zu

können. Denn nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG ist für die Abziehbarkeit von Schuldzinsen als Werbungskosten nicht subjektiv der Wille des Steuerpflichtigen, sondern objektiv der wirtschaftliche Zusammenhang der Schuldzinsen mit einer Einkunftsart maßgeblich (so auch Beschluß des Großen Senats des BFH in BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817, unter C II. 3. b der Gründe).

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur Behandlung des Zugewinns auch das Urteil des BFH in diesem Heft S. 77.

28. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 (*Weiterübertragungsverpflichtung im Schenkungsteuerrecht*)

Ist eine Schenkung mit der aufschiebend bedingten Verpflichtung verbunden, die Zuwendung auf einen Dritten zu übertragen, und wird diese Verpflichtung nach Eintritt der Bedingung vom zunächst Bedachten gegenüber dem Dritten erfüllt, so ist für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung des Erwerbs des Dritten dessen Verhältnis zum ursprünglichen Schenker maßgeblich. Dies gilt auch dann, wenn der Zwischenbedachte die Verpflichtung vor Eintritt der Bedingung erfüllt (Aufgabe der Rechtsprechung, BFH-Urteil vom 14. 7. 1982 II R 102/80, BFHE 136, 422, BStBl II 1982, 736).

BFH, Urteil vom 17. 2. 1993 — II R 72/90 —

Aus dem Tatbestand:

Die Großmutter des Klägers überließ durch notariell beurkundeten Vertrag vom 30. 3. 1978 den Eltern des Klägers — dem Beigeladenen und dessen Ehefrau — ein Grundstück als Miteigentümer je zur Hälfte. Der Vertrag enthielt u. a. folgende Bestimmung:

„Die Übertragung des Grundstücks ist mit der hiermit vereinbarten Auflage verbunden wie folgt:

Im Falle der Veräußerung des Grundstücks zu Lebzeiten der Übernehmer (bzw. des überlebenden Teils) ist der Veräußerungserlös in voller Höhe dem am 24. 7. 1963 geborenen Sohn M der Übernehmer auszukehren.

Für den Fall, daß eine Veräußerung zu Lebzeiten der Übernehmer nicht stattfindet, ist M berechtigt, von den Erben die grundbücherlich lastenfreie Übertragung des Grundstücks auf sich zu verlangen. M gewinnt durch diese Auflage einen unmittelbaren Anspruch auf den Erlös bzw. die Herausgabe des Grundstücks.

Die Übernehmer erklären dazu unwiderruflich, daß die vorgenannten Leistungen M nicht auf seinen Erbteil bzw. Pflichtteil nach seinen Eltern anzurechnen sind. Zur Sicherung des aufschiebend bedingten Herausgabeanspruchs wird die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des M hiermit zum Grundbuch bewilligt und beantragt.

Im vorbezeichneten Veräußerungsfall ist M zur Erteilung der Löschungsbewilligung verpflichtet, wenn und sobald die Zuwendung des Erlöses für ihn gesichert erscheint.

Die Überlassung des Grundstücks zu Lebzeiten der Übernehmer an M ist jederzeit zulässig.“

Der Einheitswert des überlassenen Grundstücks betrug 28 500 DM.

Die Eltern des Klägers verkauften das überlassene Grundstück durch notariell beurkundeten Vertrag vom 19. 6. und 13. 7. 1985 zu einem Preis von 160 000 DM. Diesen Kaufpreis führten sie an den Kläger ab.

Durch Bescheid vom 17. 10. 1986 setzte das beklagte Finanzamt (FA) gegen den Kläger Schenkungsteuer in Höhe von 9 900 DM

wegen „Schenkung von Frau H aufgrund des notariellen Vertrags vom 30. 3. 1978“ fest. Bei der Berechnung der Steuer setzte das FA von den 160 000 DM einen Freibetrag von 50 000 DM nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG 1974) ab und wandte auf den verbleibenden Betrag von 110 000 DM den Steuersatz von 9% (Steuerklasse II) an. Nach Auffassung des FA hatte der Kläger den Veräußerungserlös infolge der Vollziehung der im Überlassungsvertrag von seiner Großmutter angeordneten Auflage von dieser erlangt. Dieser Vorgang erfülle den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974.

Hiergegen richtete sich die Klage. Mit dieser wurde geltend gemacht, es liege kein Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974 vor. Maßgeblich für die Besteuerung sei das Verhältnis zwischen dem Kläger und seinen Eltern. Außerdem habe das FA einen Vertrauensstatbestand dadurch geschaffen, daß es die Schenkung von der Großmutter an die Eltern ohne belastende Berücksichtigung einer Auflage besteuert habe.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben und den angefochtenen Steuerbescheid sowie die diesen bestätigende Einspruchsentscheidung aufgehoben — (EFG 1990, 639). Der Veräußerungserlös sei dem Kläger von seinen Eltern nicht von seiner Großmutter zugewendet worden. Die Zuwendung beruhe zu dem Zeitpunkt, in dem sie ausgeführt worden sei, auf dem freien Willensentschluß der Eltern des Klägers. Die Eltern hätten dies zudem nicht getan, um eine ihnen von der Großmutter auferlegte Auflage, sondern um ein eigenes Schenkungsversprechen zu erfüllen. Die Eltern seien zu ihren Lebzeiten berechtigt gewesen, mit dem Grundstück so zu verfahren, wie sie es in ihrem eigenen Interesse und auch im Interesse des Klägers für richtig hielten. Der Zufluß des Veräußerungserlöses beim Kläger sei lediglich die Folge der Entscheidung der Eltern, das Grundstück schon im Jahre 1985 zu veräußern. Der Fall sei nicht anders zu behandeln, als wenn die Eltern des Klägers ihm das Grundstück zu Eigentum übertragen hätten und er es danach alsbald veräußert hätte. Dann hätte die Zuwendung des Grundstücks in Anwendung des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 14. 7. 1982 II R 102/80 (BFHE 136, 422, BStBl II 1982, 736) als Schenkung der Eltern an den Kläger angesehen werden müssen. Darüber hinaus enthalte der Überlassungsvertrag keine Auflage, sondern eine sog. Weiterschenkungsklausel. Habe der Kläger aber den Veräußerungserlös je zur Hälfte von seinen Eltern erhalten, dann könne eine Schenkungsteuer gegen ihn nicht festgesetzt werden, weil die Zuwendung von dem einzelnen Elternteil den Freibetrag in Höhe von 90 000 DM nicht übersteige.

Hiergegen richtet sich die Revision des FA. Mit der Revision wird gerügt, daß das FG die §§ 133, 157, 330 Satz 2, 516 und 525 BGB und die §§ 7 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 2, Steuerklasse II Nr. 1, § 16 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 ErbStG 1974 rechtsfehlerhaft angewandt habe.

Es beantragt, das Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Hilfsweise beruft er sich auch darauf, die Steuer sei nach dem Einheitswert des Grundstücks zu bemessen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

Zu Unrecht hat das FG unter (zweimaliger) Berücksichtigung des Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974 den Schenkungsteuerbescheid aufgehoben. Es liegt vielmehr eine freigebige Zuwendung der Großmutter des Klägers an diesen vor, für die die Steuer nach § 15 Abs. 1 ErbStG 1974 nach Steuerklasse II zu berechnen und der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG 1974 zu gewähren ist.

Nach dem Überlassungsvertrag vom 30. 3. 1978 sollte der Kläger das Grundstück spätestens mit dem Tod seiner

Eltern erhalten. Den Eltern des Klägers stand es zu ihren Lebzeiten frei, das Grundstück entweder zu behalten oder dieses bzw. dessen Gegenwert in Geld auf den Kläger (vorzeitig) zu übertragen. Bei dieser Vertragsgestaltung ist unabhängig von deren zivilrechtlicher Qualifizierung im einzelnen (Schenkung unter Auflage, Vertrag zugunsten Dritter) die Schenkung an den Kläger (§ 7 Abs. 1 Nrn. 1 bzw. 2 ErbStG 1974) erst mit der tatsächlichen Zuwendung des Geldes an diesen ausgeführt und für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung im übrigen das Verhältnis des Klägers zu dem ursprünglichen Grundstücksüberlasser (der Großmutter des Klägers) maßgeblich.

Führt nach einer Schenkung unter Auflage (§ 525 BGB, § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974) der Beschenkte (und Auflagenbeschwerte) die ihm auferlegte — und aus dem ihm Zugewendeten zu erbringende — Leistung durch Zuwendung an den Dritten aus, so ist für die Besteuerung der Zuwendung an den Dritten dessen Verhältnis zum ursprünglichen Schenker, der die Auflage angeordnet hat, maßgeblich (vgl. *Troll* ErbStG, Kommentar, § 7 ErbStG Rdnr. 47). Schenker ist nicht der mit der Auflage Beschwerte, sondern derjenige, der dem mit der Auflage Beschwerten die Zuwendung macht. Der Beschwerte hat die ihm auferlegte Leistung nur zu vollziehen (BFH-Urteil vom 21. 12. 1962 II 24/61, HFR 1963, 175). Dasselbe hat zu gelten, wenn die sich aus der Auflage ergebende Verpflichtung des Beschenkten zunächst aufschiebend bedingt war und vom Beschenkten (dem mit der Auflage Beschwerten) nach Eintritt der Bedingung erfüllt wird. Auch in diesem Fall erhält der mit der Auflage Begünstigte zwar eine freigebige Zuwendung, der unmittelbar die Zuwendung Ausführende (der Auflagenbeschwerte) handelt jedoch selbst nicht freigebig mit der Folge, daß für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung nicht das Verhältnis des Auflagenbegünstigten zu ihm, sondern zum ursprünglichen Schenker maßgeblich ist. Dieses Verhältnis ist auch dann der Besteuerung zugrunde zu legen, wenn bei einer Schenkung unter Auflage die aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage nicht nur gegenüber dem Schenker (§ 525 Abs. 1 BGB), sondern auch gegenüber dem von der Auflage begünstigten Dritten besteht (§ 330 Satz 2 BGB; vgl. Münchener Kommentar/*Gottwald*, § 330 Rdnr. 21). In diesem Fall hat der Dritte nicht bereits aufgrund des ursprünglichen Schenkungsvertrags eine frei verfügbare Forderung gegenüber dem Zwischenbedachten, die bereits als ausgeführte Schenkung i. S. von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 anzusehen sein und den Tatbestand der Nr. 2 der Vorschrift ausschließen würde (vgl. Senatsurteil vom 22. 10. 1980 II R 73/77, BFHE 131, 536, BStBl II 1981, 78 [= *MittBayNot* 1981, 96]). Die Steuerpflicht tritt in einem derartigen Fall vielmehr erst mit der Ausführung der Zuwendung an den Dritten bzw. dem Eintritt der Bedingung ein mit der Folge, daß für die schenkungsteuerrechtliche Behandlung wiederum das Verhältnis zum ursprünglichen Schenker maßgeblich ist. Eine andere Beurteilung kommt nicht deshalb in Betracht, weil — im Unterschied zum Ausgangsfall — nicht nur dem ursprünglichen Schenker, sondern auch dem bedachten Dritten ein (zunächst aufschiebend bedingter) Anspruch auf Erfüllung der Auflage zusteht. Freigebig hat auch in diesem Fall gegenüber dem bedachten Dritten der ursprüngliche Schenker und nicht der Zwischenbedachte gehandelt.

Die vorstehenden Grundsätze sind auch dann maßgeblich, wenn derart aufschiebend bedingte Auflagen vor Eintritt der Bedingung vom Zwischenbedachten erfüllt werden.

Zwar kann die Erfüllung in diesem Fall vom bedachten Dritten rechtlich (noch) nicht verlangt werden, insofern handelt der Zwischenbedachte freiwillig, jedoch nicht freigebig. Denn auch die (Vorweg-)Erfüllung eines noch aufschiebend bedingten Anspruchs erfolgt nicht freigebig. Da nur im Verhältnis zum ursprünglichen Schenker Freigebigkeit besteht, ist dieses Verhältnis der Besteuerung zugrunde zu legen. Der Senat hält an der im Urteil vom 14. 7. 1982 II R 102/80 (BFHE 136, 422, BStBl II 1982, 736 [= MittBayNot 1983, 39]) vertretenen gegenteiligen Auffassung nicht mehr fest.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist im Streitfall — entgegen der Auffassung des FG — für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung das Verhältnis des Klägers zur ursprünglichen Schenkerin maßgeblich. Nach dem Verkauf des Grundstücks waren seine Eltern zur Überlassung des Kaufpreises an ihn nach dem Überlassungsvertrag rechtlich verpflichtet. Die Überlassung des Geldbetrags erfolgte in Erfüllung der — wenn auch aufschiebend bedingten — Verpflichtung gegenüber dem Kläger. Sie war damit nicht freigebig. Allein von Bedeutung ist somit das Verhältnis zur ursprünglichen Schenkerin, die ihrerseits gegenüber dem Kläger freigebig handelte.

Die von anderen Grundsätzen ausgehende Entscheidung des FG ist aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die Berechnung der Steuer im einzelnen durch das FA ist nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Besteuerung nicht der Steuerwert des von den Eltern des Klägers veräußerten Grundstücks zugrunde zu legen. Nach dem Überlassungsvertrag hatte der Kläger im Falle der Veräußerung des Grundstücks an Dritte einen Rechtsanspruch auf Überlassung des Kaufpreises. Dieser wurde ihm auch tatsächlich zugewendet. Es liegt kein Fall einer sog. mittelbaren Grundstücksschenkung vor (vgl. dazu Senatsurteil vom 28. 11. 1984 II R 133/83, BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= MittBayNot 1985, 155]). Die Klage ist daher abzuweisen.

29. EStG § 4 Abs. 1 und 4, § 5 Abs. 1, § 12 Nr. 1, § 15 Abs. 1 Nr. 2 (*Schuldzinsen für Stundung eines Pflichtteilsanspruchs*)

Wird ein Pflichtteilsanspruch aufgrund Vereinbarung mit dem Erben eines Betriebs verzinslich gestundet, sind die Schuldzinsen mangels Vorliegens einer Betriebsschuld nicht als Betriebsausgaben abziehbar. Entsprechendes gilt für den in eine KG eingetretenen Erben eines Kommanditanteils hinsichtlich des Abzugs von Sonderbetriebsausgaben. Soweit die BFH-Urteile vom 19. 5. 1983 IV R 138/79 (BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380), vom 2. 4. 1987 IV R 92/85 (BFHE 149, 567, BStBl II 1987, 621), vom 28. 4. 1989 III R 4/87 (BFHE 156, 497, BStBl II 1989, 618) und vom 17. 4. 1985 I R 101/81 (BFHE 143, 563, BStBl II 1985, 510) hiervon abweichen, sind sie durch die Beschlüsse des Großen Senats vom 4. 7. 1990 GrS 2–3/88 (BFHE 161, 290, BStBl II 1990 817) und vom 5. 7. 1990 GrS 2/89 (BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837) überholt.

BFH, Urteil vom 2. 3. 1993 — VIII R 47/90 —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, eine GmbH & Co. KG, betreibt eine Maschinenfabrik in A. Streitig ist noch, ob Zinsen für eine Pflichtteilsschuld zweier Kommanditisten im Streitjahr 1980 Sonderbetriebsausgaben dar-

stellen und ob die Pflichtteilsverbindlichkeit bei der Einheitswertfeststellung des Betriebsvermögens auf den 1. 1. 1981 als Betriebsschuld anzusetzen ist.

Der ursprünglich alleinige Kommanditist der Klägerin, B, hatte mit Testament vom 7. 2. 1980 zu Erben seines Gesellschaftsanteils seine zwei Kinder C und D sowie den minderjährigen Enkel E zu je $\frac{1}{3}$ eingesetzt. Nach dem Erbfall vom 29. 2. 1980 schlug der Vater des E für diesen am 29. 3. 1980 das Erbe aus, während die Erben C und D als Kommanditisten in die Klägerin eintraten. Nach anwaltlichen Verhandlungen wurde mit notariellem Vertrag vom 12. 9. 1980 der Pflichtteil des E auf 4 640 000 DM festgelegt. Davon wurden ein Betrag von 110 000 DM zum 30. 9. 1980 mit dem Kaufpreis für ein Haus auf . . . und der Betrag von 30 000 DM zum 1. 10. 1980 mit dem Kaufpreis für ein zum Nachlaß gehörendes Boot verrechnet. Der verbleibende Restbetrag von 4 500 000 DM war in Raten von 1 Mio DM zum 30. 9. 1980 und sodann in Höhe von je 500 000 DM halbjährlich bis 31. 12. 1983 zu zahlen. Für den jeweils noch offenen Betrag wurde eine Verzinsung von jährlich 6 v. H. ab 1. 10. 1980 vereinbart. In Höhe von 3 500 000 DM sollte eine Grundschuld an allen Nachlaßgrundstücken eingetragen werden.

Die Klägerin erfaßte die im Streitjahr 1980 gezahlten Schuldzinsen von 52 500 DM als Betriebsausgaben. Dagegen stellte sich der Beklagte (das Finanzamt — FA —) nach einer Außenprüfung auf den Standpunkt, daß es sich bei der Pflichtteilsverbindlichkeit um eine private Erbfallschuld handele und änderte den Feststellungsbescheid 1980 dementsprechend. Ferner ließ es diese Schuld im geänderten Bescheid über die Einheitsbewertung des gewerblichen Betriebsvermögens auf den 1. 1. 1981 unberücksichtigt. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das Finanzgericht (FG) ging davon aus, daß der Betriebsausgabenabzug der Schuldzinsen das Vorliegen einer Betriebsschuld voraussetze. Hier sei jedoch eine notwendige Privatschuld gegeben. Die Annahme einer geborenen, erfolgsneutral einzubuchenden Betriebsschuld widerspreche dem für die Abgrenzung maßgebenden Veranlassungsprinzip. Die Pflichtteilsverbindlichkeit sei auch nicht im Wege der Novation zu einer betrieblichen Schuld geworden. Die Beteiligten hätten sich vielmehr lediglich auf eine verzinsliche Stundung der Pflichtteilsschuld geeinigt, durch die sich diese nicht in eine Betriebsschuld verwandelt habe.

Mit der vom FG zugelassenen Revision wird Verletzung materiellen Rechts gerügt. Entgegen dem FG-Urteil sei eine Novation gegeben. Hinsichtlich des Betrags von 4 500 000 DM sei anstelle des Pflichtteilsanspruchs ein verzinsliches und grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen vereinbart worden. Der Nachlaß bestehe zudem ausschließlich aus Betriebsvermögen, wie dargelegt wird. Die Geltendmachung des Pflichtteils komme wirtschaftlich einer Erbauseinandersetzung gleich. Insofern habe das FG auch nicht berücksichtigt, daß E in der notariellen Vereinbarung auf sämtliche Ansprüche an den Nachlaß verzichtet habe, u. a. auf den Einwand der Nichtigkeit des Erbvertrags vom 7. 2. 1980.

Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

. . .

b) Schuldzinsen sind jedenfalls dann betrieblich veranlaßt, wenn der sie auslösende Kredit zur Finanzierung von Anschaffungskosten für Wirtschaftsgüter verwendet wird, die zur Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte aus Gewerbebetrieb genutzt werden sollen (Senatsurteil vom 14. 6. 1988 VIII R 252/82, BFHE 154, 72, BStBl II 1988, 992). Dies ist bei einer Pflichtteilsschuld nicht der Fall. Das FG-Urteil steht mit der ständigen BFH-Rechtsprechung in Einklang, wenn es die hier gegebene Pflichtteilsverbindlichkeit als private Schuld gewertet hat. Denn der Pflichtteilsanspruch entsteht gem. § 2317 BGB durch den Erbfall, der nach ständiger Rechtsprechung ausschließlich der Privatsphäre zuzuordnen ist (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 17. 4. 1985 I R 101/81,

BFHE 143, 563, BStBl II 1985, 510). Ist der Erbfall in einkommensteuerrechtlicher Sicht notwendig ein privater (außerbetrieblicher) Vorgang und damit der Erwerb durch Erbfall ein privater Erwerb, so müssen notwendig auch Erbfallschulden, insbesondere Vermächtnis- und Pflichtteilschulden private Verbindlichkeiten sein. Die Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs kann mithin nicht als entgeltliches Geschäft angesehen werden (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 2. 4. 1987 IV R 92/85, BFHE 149, 567, BStBl II 1987, 621). Den von der ständigen BFH-Rechtsprechung seit den Urteilen vom 6. 10. 1959 I 115/59 U (BFHE 70, 2, BStBl III 1960, 2) und vom 12. 2. 1960 IV 184/58 U (BFHE 70, 459, BStBl III 1960, 172) vertretenen Grundsatz, daß Belastungen des oder der Erben mit Erbfallschulden wie Vermächtnis-, Pflichtteils- oder Erbersatzverbindlichkeiten nicht zu Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter des Nachlasses führen, hat der IV. Senat zuletzt im Urteil vom 17. 10. 1991 IV R 97/89 (BFHE 166, 149, BStBl II 1992, 392, Ziffer III 1 der Gründe) bestätigt. Von dieser Rechtsprechung ist auch der Große Senat im Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 2/89 (BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 [= MittBayNot 1990, 368]) ausgegangen, wenn er ausführt, daß die Erbauseinandersetzung nach der gesetzlichen Regelung des BGB mit der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, insbesondere der Erbfallschulden, z. B. aus Pflichtteilen und Vermächtnissen, eingeleitet wird (Ziffer C II 1 c der Gründe). Dementsprechend stellt die Erfüllung eines Sachvermächtnisses aus einem Betriebsvermögen nach der Entscheidung des Großen Senats (a. a. O.) einen privaten Vorgang dar, der zu einer Entnahme führt. Dies schließt es aus, in der Tilgung einer Erbfallschuld einen Anschaffungsvorgang durch den Erben zu sehen.

c) Die Erfüllung einer Pflichtteilsverbindlichkeit kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht einer entgeltlichen Erbauseinandersetzung unter Miterben gleichgestellt werden.

Nach der Entscheidung des Großen Senats in BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 ist die Erbauseinandersetzung unter Miterben ertragsteuerrechtlich unterschiedlich zu werten je nach dem, welche Gestaltung gewählt wird. Bei einer Naturalteilung des Nachlasses entsprechend den jeweiligen Erbanteilen ist kein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft gegeben; denn an der kraft Gesetzes unentgeltlichen Rechtsnachfolge durch den Erbfall ändert sich nichts, wenn lediglich der erbrechtliche Auseinandersetzungsanspruch erfüllt wird. Anderes gilt nur, falls ein Miterbe im Rahmen der Auseinandersetzung mehr erhält, als ihm erbrechtlich zusteht, und dafür Abfindungszahlungen leistet oder wenn er den Anteil eines weiteren Miterben hinzugewirbt.

Auch der Hinweis der Klägerin darauf, daß im vorliegenden Fall der Pflichtteilsanspruch des E erst durch Ausschlagung seiner Miterbschaft entstanden sei und diese Ausschlagung durch die testamentarisch angeordnete langjährige Testamentsvollstreckung mit einem Auseinandersetzungsverbot für die Miterben veranlaßt worden sei, fällt bei der ertragsteuerlichen Beurteilung des Sachverhalts nicht entscheidend ins Gewicht. Denn die Entstehung der Pflichtteilschuld im privaten Bereich bleibt hiervon unberührt. Zudem würden bei einer differenzierenden Wertung von Pflichtteilsverbindlichkeiten entsprechend der Art und Weise ihrer Entstehung mindestens wirtschaftlich gleich liegende Fallgestaltungen ungleich behandelt werden.

Soweit es der Große Senat in BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837, 845 (Ziffer C II 3 der Gründe) als möglich ansieht, daß

durch einen Miterben übernommene private Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft bei ihm zu Betriebsschulden werden, handelt es sich um Fälle der Teilauseinandersetzung unter Miterben. Denn die insoweit vom Großen Senat zitierte BFH-Entscheidung vom 6. 2. 1987 III R 203/83 (BFHE 149, 163, BStBl II 1987, 423) betrifft die Fallgestaltung, daß ein Miterbe ein zum Privatvermögen des Erblassers gehörendes Grundstück gegen Abfindung zur Nutzung in seinem Betrieb erwirbt. Insoweit liegt auch nach der Entscheidung des Großen Senats ein Anschaffungsvorgang im Bereich des Betriebsvermögens des übernehmenden Miterben vor. Für die Beurteilung der Erfüllung von Pflichtteilsverbindlichkeiten läßt sich aus diesem Urteil des III. Senats in BFHE 149, 163, BStBl II 1987, 423 nichts folgern; der III. Senat hat denn auch diese Frage ausdrücklich offen gelassen (Ziffer 2 b ee der Gründe).

Auch aus dem BFH-Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]) zur vorweggenommenen Erbfolge ergibt sich nichts anderes. In diesem Beschluß hat der Große Senat die Übertragung von Vermögensgegenständen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge als entgeltliches Geschäft beurteilt, wenn im Rahmen dieses Vorgangs vom Übernehmer des Vermögens Gleichstellungsgelder gezahlt werden. Die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen kann jedoch der Zahlung von Abfindungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge nicht gleichgestellt werden, weil im letzteren Fall der Erwerb des Vermögensgegenstands und die Zahlung der Abfindung auf einem entgeltlichen Rechtsgeschäft der Beteiligten beruhen (ebenso *Groh*, DB 1992, 444, 446).

d) Der Veranlassungszusammenhang der Schuldzinsen mit dem privaten Vorgang des Erbrens wird, wie das FG ebenfalls zutreffend entschieden hat, auch nicht durchbrochen, wenn der Erbe mit den Pflichtteilsberechtigten die verzinsliche Stundung der Pflichtteilsverbindlichkeit vereinbart. Denn durch eine solche Stundungsvereinbarung bleibt der private Charakter der Pflichtteilsschuld unberührt. . . .

Allerdings hat der IV. Senat in den Urteilen in BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380 und in BFHE 149, 567, BStBl II 1987, 621 bei Ablösung eines Pflichtteilsanspruchs mit Hilfe eines Darlehens die Schuldzinsen dennoch insoweit als Betriebsausgaben anerkannt, als der Pflichtteilsanspruch aus übergegangenem Betriebsvermögen herrühre; in diesem Umfang sei das Darlehen als Betriebsschuld einzubuchen. Dem ist der III. Senat mit Urteil vom 28. 4. 1989 III R 4/87 (BFHE 156, 497, BStBl II 1989, 618) für den Fall der Umwandlung eines Pflichtteilsanspruchs in ein Darlehen gefolgt; das gelte auch für eine „Stundungsabrede“, die in ihrem rechtlichen Gehalt einem Vereinbarungsdarlehen gleichkomme. Dagegen hat der I. Senat im Urteil in BFHE 143, 563, BStBl II 1985, 510 zur Erfüllung einer Erbersatzverbindlichkeit mit Kredit daran festgehalten, daß es sich unabhängig von der buchmäßigen Behandlung und dinglichen Sicherung am betrieblichen Grundvermögen um eine Privatschuld handele; jedoch könne sich diese Privatschuld, soweit entnahmefähige Barmittel vorhanden seien, in eine Betriebsschuld umwandeln.

An dieser Rechtsprechung vermag der Senat im Hinblick auf die bereits wiedergegebenen Entscheidungen des Großen Senats in den Beschlüssen in BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817 und BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 nicht mehr festzuhalten (ebenso *Groh*, DB 1992, 444, 446).

Allein die wirtschaftliche Belastung eines Betriebs als Bestandteil des Nachlasses mit einer Pflichtteilsschuld reicht abweichend von den Urteilen in BFHE 149, 567, BStBl II 1987, 621 und in BFHE 156, 497, BStBl II 1989, 618 für die betriebliche Veranlassung des Schuldzinsabzugs nicht aus. Der Pflichtteilsanspruch ist nicht gegenständig konkretisiert in bezug auf das Betriebsvermögen oder einzelne betriebliche Wirtschaftsgüter (vgl. zum Erwerb eines Nacherbrechts Senatsurteil in BFHE 154, 72, BStBl II 1988, 992).

Die betriebliche Veranlassung folgt auch nicht daraus, daß „es der Erhaltung der Erwerbsquelle gewerblicher Betrieb dient, wenn die Erbfallschuld . . . zunächst nicht aus Mitteln des Betriebs zurückgezahlt wird“ (so aber *Reiß in Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 16 Rdnr. B 83, S. 61 f.). Denn Aufwendungen, um erbrechtliche Ansprüche gegen den Betriebsinhaber abzuwehren, sind nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht betrieblich veranlaßt (vgl. Senatsurteil vom 31. 7. 1985 VIII R 345/82, BFHE 145, 139, BStBl II 1986, 189). Ausnahmen hiervon kommen nur in Betracht, wenn es um eine entgeltliche Erbauseinandersetzung im Sinne des Beschlusses in BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 geht oder die Inhaberschaft eines Unternehmens bzw. einer Mitunternehmerstellung in Frage gestellt wird (vgl. *Wolff-Diepenbrock in Littmann/Bitz/Meincke*, Das Einkommensteuerrecht, 15. Aufl., §§ 4, 5 EStG Rdnr. 2021).

Soweit in den Urteilen in BFHE 138, 248, BStBl II 1983, 380; BFHE 149, 567, BStBl II 1987, 621, und in BFHE 156, 497, BStBl II 1989, 618 der Betriebsausgabenabzug der Schuldzinsen damit gerechtfertigt wurde, daß die Schuld in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit künftigen gewerblichen Einkünften stehe, kann dem für die Fallgestaltung nicht mehr gefolgt werden, daß die Schuld oder das zu ihrer Tilgung aufgenommene Darlehen in die Privatsphäre des Schuldners fällt (Großer Senat in BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817; *Groh*, a. a. O.; so auch schon *Wolff-Diepenbrock*, DB 1989, 1434, und *Wassermeyer*, DStR 1986, 771, 777; a. A. z. B. *Biergans*, StuW 1991, 381, 387; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 8. Aufl., 732, und *Tiedtke*, FR 1984, 157, 161 f.)

Ebensowenig läßt sich der Betriebsausgabenabzug von Schuldzinsen für eine Pflichtteilsverbindlichkeit damit begründen, daß der Pflichtteilsanspruch anerkanntermaßen (vgl. den dem BFH-Urteil vom 14. 2. 1973 I R 131/70, BFHE 108, 527, BStBl II 1973, 395 zugrunde liegenden Sachverhalt) in eine stille Beteiligung am Unternehmen des Schuldners umgewandelt werden könnte. Denn die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft begründet einen eigenständigen Besteuerungstatbestand, der bei Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen vom Entstehungsgrund unabhängig ist. (*Wird ausgeführt.*)

Die Anerkennung einer Betriebsschuld bei Stundung einer Pflichtteilsverbindlichkeit durch das Urteil in BFHE 156, 497, BStBl II 1989, 618 läßt sich nicht mehr aufrechterhalten, weil nach der Entscheidung des Großen Senats in BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817 eine private Verbindlichkeit nicht allein auf Grund einer Willensentscheidung des Steuerpflichtigen zu einer Betriebsschuld gemacht werden kann.

Auch die in BFHE 143, 563, BStBl II 1985, 510 vertretene Lösung, es für die Annahme einer Betriebsschuld schon genügen zu lassen, wenn im Betriebsvermögen genügend

liquide Mittel zur Tilgung der Pflichtteilsverbindlichkeit vorhanden seien, ist mit der Entscheidung des Großen Senats in BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817 (Ziffer C II 5 f der Gründe) insoweit nicht vereinbar, als sie der zwingenden Zuordnung von Verbindlichkeiten nach Maßgabe der tatsächlichen Mittelverwendung widerspricht. Die Annahme einer Betriebsschuld ist hiernach nur noch in der Weise möglich, daß die Erbfallschuld zunächst durch Entnahme liquider Mittel aus dem Betriebsvermögen getilgt wird und anschließend betriebliche Aufwendungen mit Kreditmitteln bestritten werden (BFH-Beschluß, a. a. O., Ziffer C II 3 e der Gründe; *Söffing*, FR 1991, 189, und *Wacker*, BB 1991, 248, 252, 254).

Der IV., III. und I. Senat haben der Abweichung des erkennenden Senats von den bezeichneten Urteilen zugestimmt; der I. Senat mit der — hier nicht entscheidungserheblichen — Einschränkung, daß eine Privatschuld nach wie vor durch tatsächliche Maßnahmen in eine Betriebsschuld umgewandelt werden könne.

Der Senat weicht möglicherweise auch von seinem früheren Urteil vom 22. 1. 1991 VIII R 310/84 (BFH/NV 1991, 594) ab. In dieser Entscheidung hat der Senat im Anschluß an das Urteil des IX. Senats vom 24. 1. 1989 IX R 111/84 (BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706) bei Umwandlung einer Zugewinnausgleichsschuld in ein verzinsliches Darlehen eine Betriebsschuld insoweit anerkannt, als sie wirtschaftlich auf das Betriebsvermögen entfalle. Hieran hält der Senat nicht mehr fest. Eine Divergenzanfrage beim IX. Senat erübrigt sich, denn auch der IX. Senat hat die im Urteil in BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706 vertretene Auffassung inzwischen aufgegeben (Urteil vom 8. 12. 1992 IX R 68/89 [= in diesem Heft S. 66]).

2. Geht man von den vorstehenden Rechtsgrundsätzen aus, ist die Vorentscheidung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch soweit die Pflichtteilsschuld von den Beteiligten verzinslich gestundet wurde, handelt es sich nach wie vor um eine private Verbindlichkeit, die nicht zu einer Betriebsschuld gewillkürt werden konnte. . . .

30. EStG 1986 § 14 a Abs. 4; AO 1977 § 175 Abs. 1 Nr. 2 (*Voraussetzungen des Freibetrags nach § 14 a Abs. 4 S. 2 EStG*)

Eine Abfindung weichender Erben i. S. von § 14 a Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 Buchst. a EStG 1986 kann auch vorliegen, wenn der künftige Hoferbe oder Hofübernehmer noch nicht feststeht. Wird der Abgefundene Erbe oder Hofübernehmer oder bleibt der landwirtschaftliche Betrieb nicht bestehen, ist der begünstigende Einkommensteuerbescheid gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO 1977 zu ändern (Abweichung vom BFH-Urteil vom 3. 3. 1988 IV R 62/87, BFHE 153, 111, BStBl II 1988, 608 [= MittBayNot 1988, 249] und Abschn. 133 b Abs. 3 EStR 1990).

BFH, Urteil vom 4. 3. 1993 — IV R 110/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind zusammenveranlagte Eheleute. Der Ehemann ist im Jahre 1937, die Ehefrau im Jahre 1942 geboren. Sie haben drei Kinder, und zwar die am 21. 8. 1966 geborene Tochter A sowie den am gleichen Tag geborenen Sohn B und den am 10. 10. 1973 geborenen Sohn C. Der Kläger ist Eigentümer eines von ihm geführten landwirtschaftlichen Betriebes, die Klägerin Hausfrau. Der

ältere Sohn hat eine landwirtschaftliche Lehre mit der Gehilfenprüfung abgeschlossen und im Anschluß hieran eine landwirtschaftliche Fachschule besucht. Er ist als Betriebsshelfer tätig. Daneben arbeitet er im Betrieb des Klägers mit. Die Tochter wurde in einem nichtlandwirtschaftlichen Beruf ausgebildet.

Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) übertrugen die Kläger mit notariell beurkundetem Vertrag vom 25. 6. 1986 aus dem landwirtschaftlichen Betrieb einen 7,84 a großen Acker auf ihre Tochter. Die Übergabe war ausgleichen und ggf. auf den Pflichtteil anzurechnen. Der Entnahmegewinn stellt sich auf 8 868 DM.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1985 beanspruchten die Kläger für den auf dieses Jahr entfallenden Anteil von 4 434 DM des Entnahmegewinns den Freibetrag für die Abfindung weichender Erben nach § 14 a Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 a EStG 1986.

Der Beklagte (das Finanzamt — FA —) lehnte die Gewährung des begehrten Freibetrages ab, weil von den Klägern die Bestimmung des oder der künftigen Hoferben nicht in ausreichender Weise nachgewiesen worden sei. Das Einkommen der Kläger betrug laut Steuerbescheid 30 756 DM. Der Einspruch blieb erfolglos.

Mit der Klage machten die Kläger geltend, die Bestimmung des künftigen Hoferben durch notariell beurkundeten Vertrag über eine spätere Hofübergabe oder einen Erbvertrag könne nicht gefordert werden, weil sonst die Gebühren für den Notar die Steuerersparnis durch den Freibetrag übersteigen würden. Für die Gewährung des Freibetrages müsse es vielmehr ausreichen, wenn durch die Berufsausbildung und die ausgeübte Berufstätigkeit feststünde, wer den Hof künftig übernehmen werde. Aus der Berufsausbildung und der Berufstätigkeit der beiden älteren Kinder sei jedoch eindeutig ersichtlich, daß die Tochter als künftige Hoferbin nicht in Frage komme.

Während des Klageverfahrens haben die Kläger einen Vertrag vom 7. 2. 1991 vorgelegt. Danach wird der landwirtschaftliche Betrieb mit Wirkung ab 1. 7. 1991 in Form einer zwischen den Klägern und ihrem älteren Sohn bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) fortgeführt.

Die Klage wurde abgewiesen.

Die zugelassene Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das FG hat es zu Unrecht abgelehnt, den Klägern den beantragten Freibetrag nach § 14 a Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 a EStG zu gewähren.

1. Da die fragliche Grundstücksübertragung im Jahre 1986 stattgefunden hat, ist im Streitfall § 14 a Abs. 4 EStG i. d. F. des Steuerbereinigungsgesetzes vom 19. 12. 1985 (Art. 7 Nr. 5, Nr. 23 des Gesetzes, BGBl I 1985, 2436, BStBl I 1985, 735) und des Wohneigentumsförderungsgesetzes vom 15. 5. 1986 (Art. 1 Nr. 4, Nr. 12, BGBl I 1986, 730, BStBl I 1986, 278) anzuwenden. Danach ist der bei der Veräußerung von Grund und Boden oder bei seiner Entnahme entstehende Gewinn auf Antrag nur insoweit zur Einkommensteuer heranzuziehen, als er den Betrag von 120 000 DM übersteigt. Dies gilt nach § 14 a Abs. 4 Nr. 1 a EStG jedoch nur, wenn der Veräußerungspreis oder der entnommene Grund und Boden innerhalb von 12 Monaten nach der Veräußerung oder Entnahme „in sachlichem Zusammenhang mit der Hoferbfolge oder Hofübernahme zur Abfindung weichender Erben verwendet“ wird. Eine zeitliche Begrenzung für die Veräußerung oder die Entnahme sieht die Bestimmung nicht vor; insbesondere wird nicht verlangt, daß es hierzu innerhalb einer bestimmten Frist vor oder nach dem Erbfall oder der Hofübernahme gekommen sein müsse. Der Senat hat deshalb in seinem Urteil vom 21. 3. 1985 IV R 249/83 (BFHE 143, 461,

BStBl II 1985, 614) hinsichtlich einer früheren Fassung der Vorschrift hervorgehoben, daß die Veräußerung oder Entnahme lediglich in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hoferbfolge oder Hofübergabe stehen müsse, eine zeitliche Begrenzung aber nicht bestehe. Er hat hieran in seinem Urteil vom 3. 3. 1988 IV R 62/87 (BFHE 153, 111, BStBl II 1988, 608 [= MittBayNot 1988, 249]) auch unter Beachtung der Neuregelung 1986 festgehalten.

Diese Auffassung steht in Einklang mit den Bedürfnissen der Landwirtschaft, in der der Übergang des Hofes auf einen von mehreren Abkömmlingen unter Umständen langfristig vorbereitet werden muß, und auch mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Regelung der Hoferbfolge steuerlich zu erleichtern (BT-Drs. VIII/3854, 4). Daß ein zeitlicher Zusammenhang mit Erbfolge oder Übergabe nicht erforderlich ist, kommt auch in Abs. 4 Satz 3 der Neuregelung zum Ausdruck. Danach ist der Freibetrag auch dann zu gewähren, wenn die Abfindung in mehreren Schritten erfolgt; eine derartige sukzessive Abfindung zieht sich erfahrungsgemäß aber über einen längeren Zeitraum vor oder nach dem Hofübergang hin.

2. Das Gesetz macht die Begünstigung allerdings davon abhängig, daß es sich um die Abfindung eines weichenden Erben handelt. Als weichender Erbe ist nach Abs. 4 Satz 4 der Neuregelung anzusehen, wer gesetzlicher Erbe eines Eigentümers eines land- und fortwirtschaftlichen Betriebes ist oder bei gesetzlicher Erbfolge wäre, aber nicht zur Übernahme des Betriebes berufen ist. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals bereitet Schwierigkeiten, wenn die Abfindung vor Eintritt der Erbfolge oder vor Übergabe des Betriebes gewährt wird. Der Senat ist bisher davon ausgegangen, daß im Zeitpunkt der vorgezogenen Abfindung bereits die Person des künftigen Hoferben oder Hofübernehmers feststehen müsse, wobei auch die rechtlich noch nicht verbindlichen Absichten des bisherigen Hofeigentümers berücksichtigt werden könnten (Urteile in BFHE 143, 461, BStBl II 1985, 614; BGHE 153, 11, BStBl II 1988, 608). Tatsächlich steht die Person des Hoferben oder Hofübernehmers aber erst im Zeitpunkt des Erbfalls oder der tatsächlichen Hofübergabe fest; erst dann steht auch fest, daß es überhaupt zur Hofübernahme gekommen ist, der Hof also nicht vorher veräußert oder aufgegeben wurde. Vorherige Festlegungen durch Erbverträge oder höferechtliche Regelungen brauchen sich nicht zu realisieren, noch weniger Absichten, die der Hofeigentümer ohne rechtliche Festlegung verfolgt hat. Demgemäß läßt sich im Falle der vorgezogenen Abfindung zwar feststellen, ob der Empfänger der Zuwendung gesetzlicher Erbe des Hofeigentümers ist, nicht aber, daß er nicht zur Übernahme des Hofes berufen ist. Dies steht erst im Zeitpunkt der Erbfolge oder Übernahme fest, da entgegen ursprünglicher Planung der Bedachte doch noch den Betrieb übernehmen kann oder dieser veräußert oder aufgegeben wird.

Damit auch vorgezogene Abfindungen in den Genuß der Steuervergünstigung gelangen, ist es deshalb als ausreichend anzusehen, daß die Beteiligten davon ausgehen, daß der zu den gesetzlichen Erben gehörende Zuwendungsempfänger den Betrieb nicht übernehmen wird und sich die Zuwendung auf seine Abfindungsansprüche aus der Hoferbfolge oder Hofübertragung anrechnen lassen muß; dabei kann noch offen sein, wer einmal den Betrieb übernehmen soll. Der Senat hat eine derartige Auslegung bereits in BFHE 143, 461, BStBl II 1985, 614 erwogen, hiervon jedoch Abstand genommen, weil sonst möglicherweise eine Zu-

wendung an den späteren Hofübernehmer begünstigt würde. Das ist jedoch nicht zu befürchten, da die Begünstigung nach dem Gesetzeswortlaut davon abhängig ist, daß der Abgefundene nicht doch noch den Betrieb übernimmt und dieser durch Hoferbfolge oder Hofübergabe übertragen, also nicht vorher verkauft oder übertragen wird. Die Steuerbegünstigung der vorgezogenen Abfindung steht unter diesem Gesetzesvorbehalt.

Der Vorbehalt läßt sich ggf. auch verfahrensmäßig realisieren. Nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO 1977 ist ein Steuerbescheid nämlich zu ändern, wenn nachträglich ein Ereignis eintritt, das steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem jeweils maßgebenden Steuergesetz (Urteil des Bundesfinanzhofs vom 26. 7. 1984 IV R 10/83, BFHE 141, 488, BStBl II 1984, 786). Dies trifft vorliegend zu, weil die Steuerbegünstigung der vorgezogenen Abfindung in der geschilderten Weise vom späteren Schicksal des Betriebs abhängt. Das FA kann demgemäß den begünstigenden Einkommensteuerbescheid ändern, wenn sich später herausstellt, daß der Zuwendungsempfänger nicht weichender Erbe ist.

3. Im Streitfall ist die Entnahme demnach begünstigt, weil die Zuwendungsempfängerin gesetzliche Erbin ist, die Beteiligte aber davon ausgegangen ist, daß sie den Betrieb nicht übernehmen wird und die Anrechnung der Zuwendung auf Abfindungsanspruch vereinbart worden ist.

Anmerkung:

Die Abfindung sog. weichender Erben durch Einsatz von Wirtschaftsgütern, insbesondere von Grundstücken, ist in der Landwirtschaft traditionell üblich und wird auch heute noch häufig praktiziert. Durch die Einführung der Bodengewinnbesteuerung wurde diese Art der Bestandssicherung von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben wegen der damit verbundenen Entnahme- und Veräußerungsgewinne ertragsteuerlich belastet. Dem Ausgleich von dabei entstehenden Härten und der Sicherung dieser Form der Bestandssicherung dient die Freibetragsregelung gem. § 14 a Abs. 4 EStG, die unter bestimmten Voraussetzungen Steuerfreiheit für Entnahme- und Veräußerungsgewinne gewährt, die aus Anlaß der Abfindung sog. weichender Erben anfallen.

§ 14 a Abs. 4 EStG wurde im Laufe der Jahre in seinen Tatbestandsmerkmalen immer wieder verändert bzw. präzisiert. Die letzte Neufassung der Vorschrift erfolgte im Standortsicherungsgesetz (StOG) vom 13. 9. 1993 (BGBl I 1509), die bereits durch das Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz — StMBG — vom 29. 12. 1993 (BGBl I 2372) ergänzt werden mußte. Gleich in welcher Fassung war und ist die Vorschrift mit Anwendungsproblemen behaftet. Für den Notar, der häufig Grundstücksabfindungen beurkundet, sind die Vorschriften von besonderem Interesse, wenn es um die Begriffe „weichender Erbe“ sowie „sachlicher- und zeitlicher Zusammenhang mit der Hoferbfolge oder Hofübernahme“ geht.

Seit der Neufassung des § 14 a Abs. 4 EStG 1986 galt als geklärt, daß bei Grundstücksabfindungen ein zeitlicher Zusammenhang mit der Hoferbfolge oder der Hofübernahme nicht mehr erforderlich ist und zwischen der Hoferbfolge oder der Hofübernahme bei der Grundstücksabfindung nur noch ein sachlicher Zusammenhang bestehen muß. Dies betont der BFH auch in den vorstehend abgedruckten Entscheidungsgründen.

Der sachliche Zusammenhang mit der Hofübergabe setzte nach der Entscheidung des BFH (MittBayNot 1988, 255) voraus, daß

- a) die Person des oder der künftigen Hoferben und damit auch die künftigen weichenden Erben feststehen und
- b) Klarheit darüber herrscht, daß sich der Empfänger die Zuwendung auf seine Erbschaft oder seine Abfindungsansprüche aus einer Hofübergabe unter Lebenden oder von Todes wegen anrechnen lassen muß.

Es mußte also eine sog. Abfindungslage bestehen. An den Nachweis dieser Abfindungslage, insbesondere im Hinblick auf den künftigen Hofübernehmer bzw. Hoferben hat die Finanzverwaltung (EStRL 1990 133 b Abschnitt 3) und ihr folgend die Literatur (*Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, Anm. D 294) strenge Anforderungen gestellt. Der Nachweis, wer künftiger Hoferbe wird, sollte insbesondere erbracht werden durch einen notariell beurkundeten Vertrag über die künftige Hofübergabe, eine notarielle Zusage, durch Erbvertrag oder durch Gesellschaftsvertrag mit Fortsetzungs- oder Übernahme Klausel. Testamente und andere Umstände sollten nur in Einzelfällen zum Nachweis der Hoferbfolge dienen. In der Praxis ergaben sich daher für die Beteiligten erhebliche Unsicherheiten, ob die Finanzverwaltung eine Abfindungslage anerkennen würde, denn der Weg einer bindenden Übergabeverpflichtung oder eines bindenden Erbvertrages wurde wohl — nicht nur aus Kostengründen — selten gewählt, sondern, weil die Beteiligten zwar bestimmte Vorstellungen und Planungen für die Hofnachfolge hatten, diese Vorstellungen jedoch wegen der in der Zukunft liegenden Unwägbarkeiten faktisch noch nicht so beurkundungsreif waren, daß die Beteiligten eine feste Bindung eingehen wollten. Dies hat der BFH in der vorstehenden Entscheidung, mit Gründen, denen nicht viel hinzuzufügen ist, klar erkannt. Es ist gerade aus der Sicht des Praktikers zu begrüßen, daß der BFH nunmehr seine Auffassung, daß eine Abfindungslage nur besteht, wenn der künftige Hofübernehmer oder Hoferbe feststeht, aufgegeben hat, und er für den Nachweis der Abfindungslage nur noch verlangt, daß

- der Abfindungsempfänger gesetzlicher Erbe des Hofeigentümers ist;
- die Beteiligten in subjektiver Hinsicht davon ausgehen, daß der zu den gesetzlichen Erben gehörende Zuwendungsempfänger den Betrieb nicht übernehmen wird;
- und dies in objektiver Hinsicht dadurch dokumentiert wird, daß sich der Zuwendungsempfänger die Zuwendung auf seine Abfindungsansprüche aus der Hoferbfolge oder Hofübertragung anrechnen lassen muß.

Für den Bereich der vorweggenommenen Erbfolge führt diese geänderte Rechtsprechung des BFH zu deutlich mehr Rechtssicherheit bei vorzeitigen Grundstücksabfindungen.

Für den Bereich der Erbauseinandersetzungen ist jedoch folgendes anzumerken:

Die abgedruckte Entscheidung ist zu § 14 a Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe a EStG 1986 ergangen.

In Ziffer 1 der Entscheidungsgründe wiederholt der BFH nochmals den Satz, daß ein zeitlicher Zusammenhang der Grundstücksabfindung mit der Hoferbfolge oder Hofübergabe nicht mehr bestehen müsse. Diese Aussage ist für Abfindungen im Zusammenhang mit Erbauseinandersetzungen, d. h. in solchen Fällen, bei denen sich die Miterben

nach Eintritt der Erbfolge in der Weise über seinen landwirtschaftlichen Betrieb auseinandersetzen, daß einer der Miterben den Betrieb übernimmt, während die anderen Miterben gegen eine Grundstücksabfindung ausscheiden bzw. der den Betrieb ganz übernehmende Erbe eines der Betriebsgrundstücke anschließend veräußert und mit dem Veräußerungserlös einen Miterben abfindet, nur noch bedingt richtig.

Aufgrund der geänderten Rechtsprechung des BFH (BStBl 1990 II 837) sind die Miterben durch den Erbfall Mitunternehmer geworden. Erhält daher im Zuge der Erbauseinandersetzung ein Miterbe eine Ausgleichszahlung, die durch Grundstücksveräußerung des Betriebsübernehmers finanziert wird oder eine Grundstücksabfindung, so erhält er diese bei strenger Anwendung der neuen Rechtsprechungsgrundsätze über die Erbauseinandersetzung nicht als weichender Erbe, sondern als Entgelt für die Aufgabe seines Mitunternehmeranteils am Betrieb (so *Felsmann*, a. a. O. Anm. D 289; ähnlich *Seeger* in *Schmidt* EStG § 14 a Anm. 9 a und 9 b). Bei einer solchen strengen Anwendung der neuen Rechtsprechungsgrundsätze zur Erbauseinandersetzung wäre § 14 a Abs. 4 EStG in Fällen der Erbauseinandersetzung nicht mehr anwendbar.

Der Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt und in der Neufassung des § 14 a Abs. 4 EStG durch das StandOG wörtlich bestimmt: . . . „eine Stellung als Mitunternehmer des Betriebs bis zur Auseinandersetzung geht einer Behandlung als weichender Erbe nicht entgegen, wenn sich die Erben innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall auseinandersetzen.“ Bereits im StMBG vom 21.12.1993 wurde Abs. 4 mit folgendem Satz nachgebessert:

„Ist ein zur Übernahme des Betriebs berufener Miterbe noch minderjährig, beginnt die Frist von zwei Jahren mit Eintritt der Volljährigkeit“.

Für die Praxis bedeutet dies, daß im Zusammenhang mit Erbauseinandersetzungen über landwirtschaftliche Betriebe die Einhaltung dieser Zwei-Jahres-Frist zu beachten ist, andernfalls besteht erhebliche Gefahr, daß die Steuervergünstigung des § 14 a Abs. 4 EStG nicht gewährt werden kann. Durch den Gesetzgeber wurde daher für den Bereich der Erbauseinandersetzung das Erfordernis eines zeitlichen Zusammenhangs wieder eingeführt.

Nachvollziehbar und doch wenig verständlich erscheint die Ergänzung durch das StMBG, wonach die Auseinandersetzungsfrist von zwei Jahren erst mit Eintritt der Volljährigkeit beginnt, wenn zur Übernahme des Betriebes ein minderjähriger Miterbe berufen ist. Der gesetzgeberische Grund dürfte darin liegen, daß in der Minderjährigkeit des Betriebsinhabers ein Hindernis für die Erbauseinandersetzung gesehen wird, das nicht zu Nachteilen für die Gewährung des Freibetrages nach § 14 a Abs. 4 EStG führen soll. Ob dieses Auseinandersetzungshindernis nur vorliegt, wenn der künftige Betriebsübernehmer minderjährig ist, ist zu bezweifeln. Gerade im Falle von minderjährigen, weichenden Erben dürfte ein Auseinandersetzungshindernis bis zu deren Volljährigkeit bestehen, weil die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht bzw. nur mit Schwierigkeiten erteilt wird.

Notar *Klaus Ochs*, Oettingen

31. EStG §§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, 22 Nr. 1 (*Einkommensteuerliche Behandlung des Versorgungsausgleichs*)

Schuldzinsen und andere Kreditkosten für die Aufnahme eines Kredits zur Finanzierung des anlässlich einer Ehescheidung nach § 1587 o BGB vereinbarten Versorgungsausgleichs können als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften i. S. des § 22 Nr. 1 EStG abziehbar sein.

BFH, Urteil vom 5. 5. 1993 — X R 128/90 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Ehegatten, die im Streitjahr geheiratet haben, nachdem der Kläger sich von seiner vorigen Ehefrau hatte scheiden lassen. Der Kläger erzielt als Arzt Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit; die Klägerin ist als Arzthelferin nichtselbständig tätig.

In ihrer Einkommensteuererklärung 1983 machten sie u. a. vorab entstandene Werbungskosten bei den sonstigen Einkünften gem. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG in Höhe von 3 257, 28 DM geltend. Sie gaben an, aufgrund einer Scheidungsfolgenvereinbarung zwischen dem Kläger und seiner geschiedenen Ehefrau habe dieser ein Anspruch auf Versorgungsausgleich in Höhe von 115 000 DM zugestanden. Um diesen Anspruch abzugelten und nicht eigene Rentenanwartschaften bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte und der Ärzteversorgung zu vermindern, habe er, der Kläger, diesen Betrag an seine geschiedene Ehefrau zur Weiterleitung an eine Versicherungsgesellschaft gezahlt. Hierzu habe er ein Darlehen in Höhe von 120 000 DM aufnehmen müssen. Im Zusammenhang damit seien die genannten Werbungskosten entstanden.

Der Beteiligte (das Finanzamt — FA —) ließ im Einkommensteuerbescheid 1983 die Aufwendungen nicht zum Abzug zu. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) führte aus, die Finanzierungskosten stünden nicht in objektivem Zusammenhang mit den künftigen (sonstigen) Einkünften des Klägers. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe allenfalls zu den Scheidungsfolgekosten, denn mit dem Darlehen habe der Kläger den Anspruch auf Versorgungsausgleich seiner geschiedenen Ehefrau abgegolten (§§ 1587 b Abs. 1, 1587 o, 1587 i BGB). Auch wenn diese Abgeltung gleichzeitig den Zweck gehabt haben sollte, eine Verminderung der eigenen Rentenanwartschaften zu verhindern, sei der Zusammenhang zwischen beiden Zielsetzungen „nur sehr lose“. Die Zahlung des Klägers habe der Begründung eines Versicherungsverhältnisses seiner geschiedenen Ehefrau gedient. Der Umstand, daß das Rentenstammrecht des Klägers ungeschmälert geblieben sei, sei ein — steuerrechtlich unerheblicher — Nebeneffekt.

Die Revision der Kläger hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil verletzt § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG. Das FG ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, Aufwendungen für die Aufnahme eines Darlehens zur Abgeltung des Versorgungsausgleichs seien nicht als Werbungskosten bei den sonstigen Einkünften gem. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG abziehbar.

1. Werbungskosten sind nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Werbungskosten auch Schuldzinsen, soweit sie mit einer bestimmten Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Sie sind bereits vor Anfall von Einnahmen als vorab entstandene Werbungskosten abziehbar, sofern ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart besteht, in deren Rahmen der Abzug der Aufwendungen begehrt wird

(. . .). Für die Beurteilung der Frage, ob Aufwendungen in einem steuerrechtlich anzuerkennenden wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer bestimmten Einkunftsart stehen, ist maßgebend zum einen die wertende Beurteilung des die betreffenden Aufwendungen „auslösenden Moments“, zum anderen die Zuweisung dieses maßgeblichen Bestimmungsgrundes zur einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 4.7.1990 GrS 2-3/88, BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817, unter C.II.2.).

2. Schuldzinsen gehören zu den Werbungskosten im Rahmen von sonstigen Einkünften in Form wiederkehrender Bezüge (§ 22 Nr. 1 EStG), wenn sie durch das Erzielen solcher Einkünfte veranlaßt sind. Schuldzinsen und andere Kreditkosten sind durch die Erzielung wiederkehrender Bezüge veranlaßt, wenn die Schuldaufnahme dazu dient, solche Einkünfte zu ermöglichen oder zu fördern. Das ist für Zinsen und Kosten eines Kredits anzunehmen, mit dem Beiträge zum Erwerb eines Anspruchs oder einer Anwartschaft auf wiederkehrende Bezüge finanziert werden. Unerheblich ist, ob die Beiträge für den Erwerb des Rentenanspruchs oder der Rentenanwartschaft bei der Überschüßermittlung berücksichtigt werden können oder ob sie als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG abgezogen werden können oder nicht. Entscheidend ist, daß mit den Kreditkosten die „Grundlage der Renteneinkünfte“ finanziert wird (Senatsurteil vom 23.1.1991 X R 37/86, BFHE 163, 376, BStBl II 1991, 398, betreffend Zinsen für ein fortgeführtes Darlehen nach Veräußerung des Grundstücks gegen Leibrente; BFH in BFHE 134, 124, BStBl II 1982, 41 betreffend Kredit zur Nachrichtung freiwilliger Beiträge zur Angestelltenversicherung). Schuldzinsen und andere Kosten für die Aufnahme eines Kredits, mit dem die Beiträge zur Erlangung einer Rentenanwartschaft finanziert werden, aus der später wiederkehrende Bezüge fließen sollen, sind deshalb in vollem Umfang (hierzu ausführlich BFHE 163, 376, BStBl II 1991, 398) als vorab entstandene Werbungskosten (BFHE 134, 124, BStBl II 1982, 41) abziehbar.

3. Der Kläger hat das Darlehen allerdings nicht zum Zweck aufgenommen, die infolge des sog. Rentensplittings verminderten eigenen Rentenanwartschaften durch Auffüllungszahlungen (§ 1304 a Abs. 6 der Reichsversicherungsordnung — RVO —, § 83 a Abs. 6 des Angestelltenversicherungsgesetzes — AVG —) an einen Rentenversicherungsträger aus Anlaß des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs wieder aufzustocken. Dennoch hat der Kläger die Darlehensvaluta, mit der er die Zahlung eines Ausgleichsbetrages im Rahmen des Versorgungsausgleichs auf der Rechtsgrundlage des § 1587 o BGB finanziert hat, zur Erzielung — späterer — Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen i. S. des § 22 Nr. 1 EStG verwendet. Die Schuldzinsen sind deshalb als Werbungskosten bei diesen Einkünften abziehbar.

a) Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung geschiedener Ehegatten im Falle der Zugewinnngemeinschaft beruht auf dem rechtlichen Grundgedanken, daß die während der Ehe erworbenen Vermögenswerte (einschließlich der Versorgungsanwartschaften) unabhängig davon, welchem Ehegatten sie als Eigentümer (Rechtsinhaber) zuzurechnen sind, wirtschaftlich beiden Ehegatten gehören und bei Beendigung des Güterstandes wertmäßig aufgeteilt werden müssen (Senatsurteil vom 7.2.1990 X R 204/87, BFH/NV 1990, 762; vgl. BFH-Urteil vom 21.10.1983 VI R 198/79,

BFHE 139, 524, BStBl II 1984, 106). Auch für den Ausgleich von während der Ehe erworbenen Versorgungsanwartschaften gilt das auf dem Zugewinnausgleichsgedanken beruhende Prinzip, daß derjenige Ehegatte, der in dieser Zeit die werthöheren Versorgungsrechte angesammelt hat, die Hälfte des Wertunterschiedes an den anderen Ehegatten auskehren muß (z. B. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 51. Aufl. 1992, Einführung vor § 1587, Rdnr. 4). Während beim Zugewinnausgleich nach § 1378 BGB dem Ausgleichsberechtigten jedoch nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns gewährt wird, sind für die Durchführung des Versorgungsausgleichs verschiedene Gestaltungsformen vorgesehen. Das Gesetz räumt der gegenseitlichen Teilung der Rentenanwartschaften (sog. Rentensplitting) den Vorrang ein (vgl. § 1587 b Abs. 1 BGB und § 1 Abs. 2 VAHRG vom 21.2.1983, BGBl I 1983, 105). Weil eine Realteilung aus Rechtsgründen nicht in allen Fällen möglich ist (z. B. bei Beamtenpensionen — vgl. § 1587 b Abs. 2 BGB —) oder weil eine dingliche Teilung der Versorgungsrechte für den Scheidungsfall eines Versorgungnehmers nicht vorgesehen ist (vgl. § 1 Abs. 3 VAHRG), mußte für diese Fälle eine andere Form des Versorgungsausgleichs gefunden werden. Der als Quasi-Splitting bezeichnete Versorgungsausgleich (§ 1587 b Abs. 2 BGB; § 1 Abs. 3 VAGRG) besteht darin, daß für den ausgleichsberechtigten Ehegatten in Höhe des Ausgleichsbetrages Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung begründet werden. In gleichem Umfang wird die Beamtenpension oder der vergleichbare Versorgungstitel des ausgleichsverpflichteten Ehegatten gekürzt (z. B. § 57 BeamtVG). In beiden Fällen (Rentensplitting und Quasi-Splitting) hat der Ausgleichsverpflichtete die Möglichkeit, die Minderung seiner Rentenanwartschaften ganz oder teilweise durch Entrichtung von Beiträgen auszugleichen (vgl. z. B. § 1304 a Abs. 6 RVO, § 83 a Abs. 6 AVG, § 96 a Abs. 6 des Reichsknappschaftsgesetzes).

b) Die Ehegatten können — wie im Streitfall — im Zusammenhang mit der Scheidung nach § 1587 o BGB auch eine Vereinbarung über den Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit schließen. Dabei können die Ehegatten vereinbaren, daß der Ausgleichsverpflichtete seine Versorgungsanwartschaften behält, sich jedoch zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet, die für den ausgleichsberechtigten eine dem Anspruch auf Wertausgleich vergleichbare Versorgung eröffnen (zum zulässigen Inhalt von Versorgungsausgleichsvereinbarungen vgl. z. B. *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1587 o, Rdnr. 11).

c) Für die Beurteilung des wirtschaftlichen Zusammenhangs der Schuldaufnahme kann es keinen Unterschied machen, ob der Ausgleichsverpflichtete die Minderung seiner Rentenanwartschaften durch öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich (Rentensplitting — § 1587 b Abs. 1 BGB, bzw. § 1 Abs. 2 VSHRG — oder Quasi-Splitting — § 1587 b Abs. 2 BGB, bzw. § 1 Abs. 3 VAHRG —) zum Anlaß nimmt, diese durch Beitragszahlungen wieder aufzufüllen oder durch entsprechende Zahlungen an den ausgleichsberechtigten abzuwenden.

Wie vorstehend unter a) ausgeführt, hat nach der gesetzlichen Grundregel des § 1587 b Abs. 1 BGB bzw. § 1 Abs. 2 VAHRG der ausgleichsberechtigte nicht lediglich Anspruch auf schuldrechtlichen Wertausgleich, sondern wird im Umfang des Ausgleichsanspruchs dinglich an den Rentenanwartschaften des Ausgleichsverpflichteten betei-

ligt. Setzen sich Eheleute wie im Streitfall nach § 1587 o BGB in der Weise auseinander, daß der Ausgleichsverpflichtete den gesetzlichen Anspruch auf Übertragung von Rentenanwartschaften durch einen deren Wert entsprechende Zahlung abwendet, so tätigt er mithin Aufwendungen, um einen wirtschaftlich dem anderen Ehegatten gehörenden Vermögensgegenstand zu erwerben. Dies ist eine Anschaffung im steuerrechtlichen Sinne (Urteil des erkennenden Senats in BFH(NV 1990, 762).

d) Der erkennende Senat weicht nicht vom Urteil des IX. Senats vom 8.12.1992 IX R 68/89 (BFHE 170, 134, BStBl II 1993, 434 in diesem Heft S. 66) ab. Darin hat der IX. Senat unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsauffassung (Urteil vom 24.1.1989 IX R 111/84, BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706) entschieden, ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Aufwendungen des geschiedenen Ehegatten aufgrund einer Vereinbarung über den Zugewinnausgleich zu Vermietungseinkünften lasse sich nicht damit begründen, daß die Ausgleichsverpflichtung auf den Wert von Grundvermögen zurückzuführen sei, das dem Ausgleichsverpflichteten gehöre und ihm zur Einkunftserzielung diene. Die Entscheidung beruht auf der Überlegung, bei der Ermittlung von Überschusseinkünften sei zwischen der Sphäre der Einkunftserzielung durch Überlassung zur Nutzung und der nichtsteuerbaren Vermögenssphäre zu unterscheiden. Regelungen über den Zugewinnausgleich betreffen nur das Vermögen, nicht aber die Einkunftserzielung der Eheleute, weil § 1378 BGB nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns gewährt, der die Zuordnung des Eigentums unberührt läßt.

Insoweit unterscheiden sich jedoch die zivilrechtlichen Regelungen des Zugewinnausgleichs und des Versorgungsausgleichs. Bei letzterem wird der Ausgleichsberechtigte nach der gesetzlichen Grundentscheidung („Rentensplitting“ = Realteilung) in Höhe des Ausgleichsanspruchs dinglich an der Rentenanwartschaft beteiligt. Für das „Quasi-Splitting“ gilt insoweit nichts anderes, denn auch in den Fällen, in denen aus Rechtsgründen die Realteilung von Rentenanwartschaften des Ausgleichsverpflichteten nicht möglich ist, werden dessen Versorgungsbezüge in dem Umfang gekürzt, in dem das Familiengericht eine eigene Rentenanwartschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung begründet (vgl. z. B. *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1587 b Anm. 3 d m. w. N.).

Anders als beim Zugewinnausgleich, der die rechtliche und wirtschaftliche Zuordnung an den während der Ehe erworbenen Wirtschaftsgütern nicht berührt und lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Wertausgleich gewährt, werden beim Versorgungsausgleich die Versorgungsanwartschaften rechtlich geteilt. Für eine abweichende Auseinandersetzung bedarf es hiernach einer besonderen, nur unter den Voraussetzungen des § 1587 o BGB zulässigen schuldrechtlichen Vereinbarung.

e) Diesen unterschiedlichen zivilrechtlichen Gegebenheiten ist auch bei der steuerrechtlichen Wertung Rechnung zu tragen. Vergleichbar unterschiedliche zivilrechtliche Gegebenheiten berücksichtigt die Rechtsprechung bei Zahlungen im Zusammenhang mit der Erbauseinandersetzung. Während die Erfüllung von Erbfallsschulden nicht als Anschaffungs- oder Veräußerungsvorgang beurteilt werden kann (z. B. BFH-Urteile vom 14. 4. 1992 VIII R 6/87, BFHE 169, 511, BStBl II 1993, 275; vom 17. 10. 1991 IV R 97/89, BFHE 166,

149, BStBl II 1992, 392; vom 28. 4. 1992 IX R 178/88, BFH/NV 1992, 658), weil sie die bereits durch den Erbfall verursachte Zuordnung des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums an den Nachlaßgegenständen nicht berührt, führen Abfindungszahlungen eines Erben im Rahmen der Erbauseinandersetzung grundsätzlich zu Anschaffungskosten beim Leistenden (Beschuß des Großen Senats des BFH vom 5. 7. 1990, GrS 2/89, BFH 161, 332, BStBl II 1990, 837 [= MittBayNot 1990, 368]). Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß die Miterben Miteigentümer des Nachlasses sind und demzufolge bei der Erbauseinandersetzung Vermögenswerte übertragen und erworben werden.

Eine Vereinbarung nach § 1587 o BGB, wonach der Ausgleichsberechtigte gegen eine dem Ausgleichsanspruch entsprechende Abfindungszahlung auf eine gegenständliche Teilung der Rentenanwartschaft verzichtet, ist in steuerrechtlicher Hinsicht der Vereinbarung unter Miterben vergleichbar, denn auch hier verzichtet der Ausgleichsberechtigte auf eine ihm nach der gesetzlichen Regelung rechtlich zustehende unmittelbare Beteiligung an den Rentenanwartschaften; die Ausgleichszahlung ist dafür zu erbringen, daß der Verpflichtete diesen Teil behalten darf. Die Abfindungszahlung stellt deshalb beim verzichtenden Ehegatten ein einem Veräußerungserlös gleichkommendes Entgelt, beim Leistenden Anschaffungskosten für die ihm dadurch verbleibenden Rentenanwartschaften dar. Zinsen und Kreditkosten für einen Kredit zur Finanzierung der nach § 1587 o BGB vereinbarten Ausgleichszahlung sind danach grundsätzlich als vorab entstandene Werbungskosten bei den sonstigen Einkünften i. S. des § 22 Nr. 1 EStG abziehbar.

f) Allerdings eröffnet für die Modalität des Versorgungsausgleichs § 1587 o BGB den Ehegatten einen weiten Gestaltungsspielraum. Abgesehen von der Einschränkung des Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift (vgl. hierzu Beschuß des BGH vom 7. 10. 1987 IV b ZB 4/87, FamRZ 1988, 153 m. w. N.) kann der Anspruch auf Wertausgleich nicht nur in einer im Recht des Versorgungsausgleichs vorgesehenen Ausgleichsform bestehen. Als Gegenleistung kommen alle Arten von Vermögenswerten in Betracht. Im Rahmen der vom Familiengericht bei der Genehmigung der Versorgungsausgleichsvereinbarung zu treffenden Prüfung der Angemessenheit können auch vorteilhafte oder nachteilige Vereinbarungen über Unterhalt oder Zugewinnausgleich einbezogen werden mit der Folge, daß durch eine Ausgleichsvereinbarung dem anspruchsberechtigten Ehegatten ein Anspruch eingeräumt wird, der höher ist als der gesetzliche Wertausgleich (vgl. z. B. *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1587 o Rdnr. 2; Münchener Kommentar/*Strobel*, 2. Aufl. 1989, § 1587 o Rdnr. 10 ff.; *Hahne* in Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl. 1989, Rdnr. 289 ff., 296; BGH-Beschluß vom 4. 2. 1987 IV b ZB 106/85, NJW 1987, 1768 [= MittBayNot 1987, 147] m. w. N.).

Auch dann steht dem Abzug nicht das Aufteilungs- und Abzugsverbot nach § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG entgegen. Eine Ausnahme vom Aufteilungs- und Abzugsverbot kann dann zu machen sein, wenn anhand objektiver Merkmale und Unterlagen eine zutreffende und leicht nachprüfbare Trennung möglich ist (BFHE 156, 131, BStBl II 1989, 706). Nach § 1587 o BGB bedarf die Versorgungsausgleichsvereinbarung der Genehmigung durch das Familiengericht. Dieses hat die Eignung und Angemessenheit der von den Ehegatten getroffenen Ersatzlösung zu prüfen (§ 1587 o

Abs. 2 Satz 3 BGB). Zwar soll die Genehmigung nur bei offensichtlicher Nichteignung versagt werden; damit soll einerseits den Ehegatten ein weiter Spielraum eingeräumt und andererseits das Gericht davon entbunden werden, einen bis ins Detail gehenden Vergleich zwischen vereinbarten und gesetzlich vorgesehenen Leistungen vorzunehmen (vgl. BT-Drs. 7/4361 S. 49). Die Beurteilung der Angemessenheit kann jedoch nicht ohne Hilfe des Versorgungsträgers erfolgen, so daß regelmäßig geeignete Unterlagen dafür vorliegen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Schuld zum Ausgleich von wirtschaftlich dem Berechtigten gehörenden Versorgungsausgleichsansprüchen aufgenommen worden ist.

4. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. das Urteil war deshalb aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif.

a) Die Erzielung von Einkünften als nach näherer Maßgabe des § 2 Abs. 1 und 2 EStG steuerbarer Tatbestand setzt die Absicht voraus, einen Gewinn oder einen Einnahmenüberschuß zu erzielen. Für das Vorliegen dieser Absicht wird darauf abgestellt, ob nach den objektiven Verhältnissen auf Dauer gesehen mit einem positiven Ergebnis zu rechnen ist (BFH-Beschluß vom 25. 6. 1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, unter C.IV.2.a, 3.). Erträge und Ausgaben bleiben deshalb außer Ansatz, wenn eine Vermögenslage wegen eines dauerhaften Mißverhältnisses von Ertrag und — wie beispielsweise hier — Finanzierungskosten nicht geeignet ist, auf Dauer positive Einkünfte zu erzielen (vgl. — zu Schuldzinsen bei Einkünften aus Leibrenten nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG — Urteil des erkennenden Senats in BFHE 163, 376, BStBl II 1991, 398). Der Abzug als vorab entstandene Werbungskosten kommt im Streitfall deshalb nur in Betracht, wenn die später erzielbaren Einnahmen aus wiederkehrenden Leistungen, soweit sie auf die der Ehefrau zustehenden Rentenanwartschaften entfallen, die Finanzierungskosten übersteigen.

b) ...

32. EStG § 9 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Nr. 1 (*Schuldzinsen für Darlehen zur Abgeltung des Zugewinnausgleichs*)

1. Der Eigentümer eines Mietwohngrundstücks kann Schuldzinsen für ein Darlehen, das er zur Erfüllung seiner auf dem Wert des Grundstücks beruhenden Verpflichtung zum Zugewinnausgleich aufgenommen hat, mangels eines wirtschaftlichen Zusammenhangs mit seiner Einkünfteerzielung nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen (Anschluß an BFH-Urteil vom 8. 12. 1992 IX R 68/89, BFHE 170, 134, BStBl II 1993, 434).

2. Ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang der Schuldzinsen besteht auch dann nicht, wenn im Falle der Nichterfüllung der Schuld ein Vollstreckungszugriff des geschiedenen Ehegatten auf das Mietwohngrundstück gedroht hätte.

BFH, Urteil vom 11. 5. 1993 — IX R 25/89 —

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch die Entscheidung des BFH in diesem Heft S. 66.

Beurkundungs- und Notarrecht

33. AktG 1965 §§ 121 Abs. 4, 130 Abs. 1; ZPO § 415 (*Beweiskraft einer notariellen Niederschrift; keine Ermächtigung der Hauptversammlung zur Bestimmung des Ortes der nächsten Hauptversammlung*)

a) Zur Frage der formellen Beweiswirkung der über eine Hauptversammlung aufgenommenen notariellen Niederschrift.

b) Ein die Satzung einer AG ändernder Hauptversammlungsbeschluß, nach dem die Hauptversammlung ermächtigt wird, den Ort für die Durchführung der nächsten Hauptversammlung mit der erforderlichen Mehrheit zu bestimmen, verstößt gegen Inhalt und Zweck des § 121 Abs. 4 AktG und kann daher nach § 243 Abs. 1 AktG angefochten werden.

BGH, Urteil vom 8. 11. 1993 — II ZR 26/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Hauptversammlung der Beklagten, einer in L. ansässigen Aktiengesellschaft, faßte am 26. 6. 1991 zu Punkt 5 a) der Tagesordnung folgenden Beschluß:

„Die Hauptversammlung findet an dem Ort statt, den die Teilnehmer der vorausgegangenen Hauptversammlung für die Abhaltung der folgenden Hauptversammlung mit der erforderlichen Mehrheit bestimmt haben.“

Der Kläger, Aktionär der Beklagten, hat die Feststellung der Nichtigkeit dieses Beschlusses, hilfsweise im Wege der Anfechtungsklage seine Nichtigkeitserklärung angestrebt. Zu dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung haben die Parteien unter anderem darüber gestritten, ob der Kläger gegen den Beschluß in der Hauptversammlung Widerspruch zu notariellem Protokoll erklärt hat.

Das Landgericht hat der Nichtigkeitsklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeitsklage abgewiesen, den Beschluß aber auf die Anfechtungsklage für nichtig erklärt und die Kosten der Berufungsinstanz zu 1/5 dem Kläger und zu 4/5 der Beklagten auferlegt. Mit ihrer — zugelassenen — Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Anfechtungsklage. Der Kläger möchte mit seiner Anschlußrevision erreichen, daß der Beklagten die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt werden.

Aus den Gründen:

Revision und Anschlußrevision sind nicht begründet.

I. Revision der Beklagten:

1. Die Revision ist der Ansicht, die Berufung des Klägers habe als unzulässig verworfen werden müssen, weil in der Berufungsschrift als gesetzlicher Vertreter der Beklagten lediglich der Vorstand aufgeführt worden und die Beklagte daher im Rahmen der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage in der Berufungsinstanz nicht nach den gesetzlichen Vorschriften vertreten gewesen sei. Diese Rüge ist unbegründet. (*Wird ausgeführt.*)

2. Die Revision ist ferner der Ansicht, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, daß der Kläger gegen den angefochtenen Hauptversammlungsbeschluß Widerspruch zu notariellem Protokoll erklärt hat.

a) Sie meint, die von dem Berufungsgericht getroffene Feststellung trage materiell-rechtlich die Bejahung der Anfechtungsbefugnis des Klägers nach § 245 Nr. 1 AktG nicht. Dazu reiche es nicht aus, wie das Berufungsgericht ausgeführt habe, daß der Kläger gegen den zu Punkt 5 der Tagesordnung gefaßten Hauptversammlungsbeschluß Wider-

spruch eingelegt habe. Vielmehr müsse der Widerspruch gegenüber dem Notar derart erklärt werden, daß dieser ihn als solchen erkennen könne und so auffassen müsse, daß nach dem Willen des Aktionärs die Erklärung in die Niederschrift aufzunehmen ist.

Entgegen der Ansicht der Revision erfüllen die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen nach § 245 Nr. 1 AktG. Nach dieser Vorschrift ist jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär zur Anfechtung befugt, wenn er gegen den Beschluß *Widerspruch zur Niederschrift erklärt* hat.

Die Widerspruchserklärung setzt nicht voraus, daß der Aktionär ein Verlangen nach Protokollierung ausdrücklich ausspricht (*Hüffer in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, AktG, 1984, § 245 Rdnr. 35; *Hüffer*, AktG, 1993, § 245 Rdnr. 15). Es genügt vielmehr, wenn aus dem Verhalten des Aktionärs deutlich wird, daß er die Protokollierung der Tatsache wünscht, er habe rechtliche Bedenken gegen den Beschluß angemeldet. Er muß sich demnach so verhalten, daß der das Protokoll aufnehmende Notar die Erklärung eines Widerspruchs zur Niederschrift erkennen kann (*Hüffer in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff* a. a. O.; *Hüffer*, AktG a. a. O.; *Zöllner* in KK z. AktG, 1985, § 245 Rdnr. 35; *Schilling* in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl. § 245 Anm. 8). Von dieser Voraussetzung geht das Berufungsgericht aus. Es legt seinen Ausführungen als Ausgangspunkt die Vorschrift des § 245 Nr. 1 AktG zugrunde. Es spricht ausdrücklich an mehreren Stellen von der *Einlegung* eines Widerspruchs. Durch die Wahl des Wortes „einlegen“ kommt hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß der Widerspruch an denjenigen gerichtet wird, der für seine Entgegennahme zuständig ist. Das ist nach § 245 Nr. 1 AktG der mit der Erstellung der Niederschrift beauftragte Notar. An anderen Stellen der Entscheidungsgründe wird die „Einlegung“ des Widerspruchs ausdrücklich mit dem Hauptversammlungsprotokoll in Verbindung gebracht („Protokollvermerk“-BU 18; „Fehleintragungen“, „Einzelblätter“, „Notizen“-BU 19; „Protokoll“-BU 20; „Protokollierungsversehen“ und „nicht als Widerspruch . . . protokolliert“-BU 8; „Protokoll“-BU 9), einmal wird ausdrücklich von „zugerufenem Widerspruch“ (BU 8) gesprochen. Unter Berücksichtigung dieser gesamten Umstände ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe seine Feststellungen rechtlich nicht daran ausgerichtet, daß der Widerspruch zur Niederschrift erklärt werden müsse, nicht berechtigt.

b) Die Revision ist ferner der Ansicht, das Berufungsgericht habe die von der Beklagten angeregte Vernehmung der Aufsichtsratsmitglieder Dr. D. und Dr. zu der Frage, ob der Widerspruch gegen den Beschluß über das Verfahren der „en-bloc“-Abstimmung oder über den Tagesordnungspunkt selbst zur Niederschrift erklärt worden sei, nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, eine Vernehmung komme im Hinblick auf das Ergebnis der Beweisaufnahme, zu dem die Vernehmung der von den Parteien benannten Zeugen geführt habe, nicht in Betracht. Denn damit habe das Berufungsgericht die Vermutungswirkung des nach § 130 AktG aufgenommenen Protokolls für die Richtigkeit des von dem Notar Dr. Sch. beurkundeten Vorgangs verkannt, der Kläger habe Widerspruch gegen den Beschluß über das Verfahren der „en-bloc“-Abstimmung erhoben, hingegen sei ein Widerspruch gegen den Beschluß über den Tagesordnungspunkt selbst nicht erhoben worden. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben.

Die von einem Notar nach § 130 Abs. 1 AktG aufgenommene Niederschrift begründet allerdings, wovon die Revision zutreffend ausgeht, als öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 Abs. 1 ZPO vollen Beweis dafür, daß die in ihr beurkundeten Erklärungen wie niedergelegt und nicht anders abgegeben worden sind (OLG Hamburg, AG 1971, 403, 405; *Eckhardt* in *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, AktG, 1973/74, § 130 Rdnr. 9; *Hüffer*, AktG a. a. O. § 130 Rdnr. 1; *Barz* in GroßKomm. z. AktG a. a. O. § 130 Anm. 19). Für den vorliegenden Fall heißt das, die von dem Notar Dr. Sch. aufgenommene Niederschrift begründet vollen Beweis dafür, daß der Kläger, wie in der Urkunde vermerkt, Widerspruch gegen den Beschluß der Hauptversammlung zur Niederschrift erklärt hat, mit dem über das Abstimmungsverfahren zu Punkt 5 der Tagesordnung entschieden worden ist, nicht aber gegen den Beschluß, dessen Abstimmungsgegenstand der Inhalt des Tagesordnungspunkts 5 war. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. (*Wird ausgeführt*.)

Nach § 415 Abs. 2 ZPO ist der Beweis, daß ein Vorgang unrichtig beurkundet worden ist, zulässig. Das Berufungsgericht ist unter eingehender Würdigung der teilweise einander widersprechenden Zeugenaussagen sowie bestimmter, nach dem Vortrag der Parteien unstrittiger Umstände zu dem Ergebnis gelangt, daß der Kläger die Unrichtigkeit der Beurkundung des umstrittenen Vorgangs bewiesen hat. Unter diesen Umständen bestand für die Anordnung einer Vernehmung der Aufsichtsratsmitglieder Dr. D. und Dr. nach § 448 ZPO kein Raum. Eine solche ist nur dann zulässig und geboten, wenn die Beweisaufnahme nach Ausschöpfung aller Beweismittel nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der umstrittenen Behauptung erbracht hat und das Gericht durch die Parteivernehmung die Ausräumung seiner restlichen Zweifel erwartet (BGH, Ur. v. 20. 5. 1987 — IV a ZR 36/86, BGHR ZPO § 448 — Ermessensgrenzen 2; Ur. v. 9. 3. 1990 — V ZR 244/88, BGHR ZPO § 448 — Ermessensgrenzen 4 [= MittBayNot 1990, 234 = DNotZ 1991, 374]; *Zöller/Greger*, ZPO, 18. Aufl., § 448 Rdnr. 4, 4 a; *MünchKomm/Schreiber*, ZPO, 1992, § 448 Rdnr. 3; *Thomas/Putzo*, ZPO, 18. Aufl., § 448 Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 51. Aufl., § 448 Rdnr. 2, 7). Diese Voraussetzungen liegen nach dem Ergebnis der von dem Berufungsgericht vorgenommenen Beweiswürdigung nicht vor. . . .

3. Die Revision hält die angefochtene Regelung in der Satzung der Beklagten im Gegensatz zu dem Berufungsgericht für zulässig. Über den Ort der Hauptversammlung entscheide die Satzung, letztlich also die Hauptversammlung nach ihrem freien, nur durch das Willkür- und Mißbrauchsverbot beschränkten Ermessen. Dann müsse die Hauptversammlung aber auch befugt sein, sich das Recht, den Ort der Versammlung zu bestimmen, in der Satzung vorzubehalten und die Bestimmung jeweils durch Beschluß vorzunehmen. Unabhängig davon sei die Frage zu beantworten, ob der Beschluß, mit dem der Hauptversammlungs-ort bestimmt werde, rechtswidrig sei und daher angefochten werden könne. In diesem Fall stünde den Aktionären hinreichend Zeit zur Verfügung, die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung im Wege der Anfechtungsklage überprüfen zu lassen. Diesen Ausführungen vermag der Senat nicht zu folgen.

§ 121 Abs. 4 AktG bestimmt, daß die Hauptversammlung am Sitz der Gesellschaft durchgeführt werden soll oder,

wenn die Aktien der Gesellschaft an einer deutschen Börse zum amtlichen Handel zugelassen sind, auch am Sitz der Börse stattfinden kann, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt.

Soweit die gesetzliche Vorschrift eine anderweitige Regelung in der Satzung zuläßt, kann ihrem Wortlaut allerdings nicht entnommen werden, wie diese Regelung zu gestalten ist. Danach wäre es nicht nur zulässig, einen Versammlungsort in die Satzung aufzunehmen oder von vornherein mehrere Orte zu bestimmen, aus denen ein zu bestimmendes Organ frei oder nach Vorgabe bestimmter Kriterien den jeweils in Betracht kommenden Versammlungsort auszuwählen befugt ist, sondern es könnte auch eine Regelung getroffen werden, nach der die Festlegung des Ortes, an dem die Hauptversammlung stattfinden soll, für den jeweiligen Fall dem Vorstand als Einberufungsorgan, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung überlassen wird (zur Interpretation des Wortlautes der Vorschrift vgl. *Werner* in *Großkomm. z. AktG*, 4. Aufl., § 121 Rdnr. 45 ff.; *Barz* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.*, § 121 Anm. 15; *Schmidt* in *Großkomm. z. AktG*, 1939 § 105 Anm. 10; *Schmidt/Meyer-Landrut* in *Großkomm. z. AktG*, 2. Aufl., § 105 Anm. 10; *Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt*, Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 1966, S. 179). Dementsprechend ist auch vereinzelt die Ansicht vertreten worden, die Satzung könne dem Einberufenden die Bestimmung des Versammlungsortes überlassen, weil darin nur die ausdrücklich für zulässig erklärte Ausschaltung der gesetzlichen Vorschrift liege (*Godin/Wilhelmi*, *AktG*, 4. Aufl., § 121 Anm. 10; *Möhring/Schwartz*, Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht, 1938, S. 114). Eine solche allein am Wortlaut orientierte Auslegung der Vorschrift läßt jedoch den mit ihr verfolgten Zweck unberücksichtigt. Ziel der Aufnahme dieser Regelung in das Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 als § 105 Abs. 3, die nahezu unverändert in das Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 übernommen worden ist, war es, den Streit darüber zu beenden, ob die Hauptversammlung an jeden Ort in Deutschland einberufen werden konnte. Grundsätzlich sollte sie am Sitz der Gesellschaft stattfinden (Begründung zum Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien v. 30. 1. 1937, *Deutscher Reichsanzeiger* und *Preußischer Staatsanzeiger* 1937, Nr. 28 S. 3). Dem lag die Absicht zugrunde, zum Schutz der Beteiligten, namentlich der Minderheitsaktionäre, solle eine willkürliche Auswahl des Versammlungsortes unterbunden werden (LG Berlin, DJ 1938, 234 f.; *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* a. a. O., § 121 Rdnr. 39 f.). Überwiegend wird heute die Ansicht vertreten, dieser Schutzzweck werde dann nicht gefährdet, wenn die Satzung einen anderen als den gesetzlich bestimmten Versammlungsort festlege, mehrere Orte aufführe, unter denen das Einberufungsorgan auswählen könne, oder wenn für die Auswahl des Versammlungsortes lediglich eine regional begrenzte geographische Vorgabe gemacht werde (*Hüffer*, *AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 13; *Zöllner* in *KK z. AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 34; *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* a. a. O., § 121 Rdnr. 40; *Werner* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 47; enger, unter Ablehnung der regional begrenzten geographischen Vorgabe OLG München, HRR 1939, 1476; *Baumbach/Hueck*, *AktG*, 13. Aufl., § 121 Rdnr. 9; *Schlegelberger/Quassowski*, *AktG*, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 11; *Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt* a. a. O., S. 179; *Dietrich*, JW 1937, 852, 855; für Zubilligung eines beschränkten Auswahlermessens unter mehreren aufgeführten Orten an

den Aufsichtsrat *Barz* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.*, § 121 Anm. 15).

Hingegen wird es mit dem Schutzzweck der gesetzlichen Vorschrift als nicht vereinbar angesehen, wenn in die Satzung eine Bestimmung aufgenommen wird, die Vorstand oder Aufsichtsrat das Recht einräumt, den Versammlungsort nach seinem Ermessen zu bestimmen (LG Berlin, DJ 1938, 234, 235; *Hüffer*, *AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 13; *Eckardt* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* a. a. O., § 121 Rdnr. 40; *Werner* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 50; *Zöllner* in *KK z. AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 34; *Barz* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.* § 121 Anm. 15; *Baumbach/Hueck*, *AktG*, 13. Aufl., § 121 Rdnr. 9; *Teichmann/Koehler*, *AktG*, 3. Aufl., § 105 Anm. 5; *Schmidt/Meyer-Landrut*, *AktG a. a. O.*, § 105 Anm. 10; *Schmidt* in *Großkomm. z. AktG a. a. O.*, § 105 Anm. 10; *Schlegelberger/Quassowski*, *AktG a. a. O.* § 105 Rdnr. 11; *Dietrich*, JW 1937, 852, 855; *Herbig*, DJ 1938, 235; *Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt* a. a. O., S. 179 f.).

Der dem § 121 Abs. 4 AktG zugrundeliegende Zweck, grundsätzlich den Sitz der Gesellschaft zum Hauptversammlungsort zu machen und eine abweichende Regelung nur unter den dargelegten erschwerten Voraussetzungen in der Satzung zuzulassen, steht auch einer Regelung entgegen, nach der die Auswahl des Hauptversammlungsortes der Bestimmung durch die Hauptversammlung mit der „erforderlichen“ Mehrheit überlassen werden soll. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob dieser Beschluß, wie die Beklagte meint, mit einfacher (§ 133 Abs. 1 AktG) oder, wofür eine hier nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmende Auslegung sprechen könnte, mit der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit (§ 179 Abs. 2 AktG) zu fassen wäre. Entscheidend für die Gewährung eines ausreichenden Schutzes gegenwärtiger und künftiger (Minderheits-)Aktionäre ist, daß der Ort oder der geographische Raum, an bzw. in dem die Hauptversammlungen durchgeführt werden können, in der Satzung verankert und damit gewährleistet ist, daß von dieser Regelung nicht — und wenn, dann nur um den Preis einer Satzungsänderung — abgewichen wird. Das erhöht die Rechtsbeständigkeit und bietet den Aktionären daher ein weit höheres Maß an Rechtssicherheit als das dann der Fall ist, wenn die Ortsbestimmung lediglich von einem — wenn auch mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden — Hauptversammlungsbeschluß abhängig gemacht wird. Zudem ist eine in die Satzung aufgenommene Regelung für die Aktionäre transparenter und leichter nachprüfbar als dann, wenn die Bestimmung des nächsten Hauptversammlungsortes lediglich in einen Hauptversammlungsbeschluß aufgenommen wird, mag dieser auch in dem bei dem Registergericht nach § 130 Abs. 5 AktG einzuzureichenden Hauptversammlungsprotokoll enthalten sein (im Ergebnis ebenso, aber ohne nähere Begründung für die Beschlußfassung mit einfacher Mehrheit *Hüffer*, *AktG a. a. O.*, § 121 Rdnr. 13).

Die angegriffene Satzungsbestimmung widerspricht demnach dem Gesetz (§ 121 Abs. 4 AktG). Das Berufungsgericht hat der Anfechtungsklage daher zu Recht stattgegeben. Die Revision der Beklagten ist somit unbegründet.

II. Anschlußrevision des Klägers

...

34. AktG §§ 23, 130; EGBGB Art. 11; BeurkG § 17 (*Unzulässigkeit von Hauptversammlungen im Ausland*)

1. Die Satzungsbestimmung einer AG, wonach die Hauptversammlung auch im Ausland stattfinden kann, ist unzulässig.
2. Zur Frage der Anerkennung der Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Akte durch ausländische Notare.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluß vom 7. 5. 1993
— 2 Wx 55/91 —

Aus dem Tatbestand:

§ 1 der Satzung der beteiligten Aktiengesellschaft (im folgenden: Gesellschaft) bestimmt Hamburg als Sitz. § 13 der Satzung lautete bisher:

Die Hauptversammlung wird durch den Vorstand einberufen. Sie findet in Hamburg statt . . .

In der Hauptversammlung vom 8. 6. 1990, in der alle Inhaber von Aktien . . . vertreten waren, wurde einstimmig § 13 der Satzung dahin neu gefaßt, daß S. 2 lauten sollte:

Sie kann sowohl in Hamburg als auch in Zürich abgehalten werden.

Die Änderung der Satzung wurde zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Nachdem das Amtsgericht Bedenken geäußert hatte, legte die Gesellschaft eine notarielle Bescheinigung vor, wonach in der Hauptversammlung das gesamte Gesellschaftskapital vertreten war, und trug vor, daß den Aktionären durch die Ermöglichung von Hauptversammlungen in Zürich nichts Unzumutbares aufgebürdet werde. Das Amtsgericht wies die Anmeldung der Gesellschaft mit der Begründung zurück, daß es unzulässig sei, als Ort der Hauptversammlung satzungsmäßig auch einen Ort im Ausland festzulegen; die Abhaltung der Hauptversammlung im Ausland hätte deren Protokollierung durch einen ausländischen Notar zur Folge, womit die Beachtung insbesondere von § 130 AktG nicht mehr gewährleistet sei. Die Beschwerde der Gesellschaft wurde durch den angefochtenen Beschluß des Landgerichts zurückgewiesen: Der weiter herrschenden Meinung in der Literatur sei zu folgen; wesentlich sei, daß die mit der Beurkundungsaufgabe verbundene Belehrungspflicht des Notars die Kenntnis des deutschen Rechts voraussetze, um z. B. unzulässige Beschlüsse zu verhindern. Durch eine Satzungsbestimmung, wie hier getroffen, könne den Aktionären die Teilnahme an der Hauptversammlung auch unzulässig erschwert werden. . . .

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landgericht die Eintragung der in der Hauptversammlung vom 8. 6. 1990 beschlossenen Satzungsänderung im Handelsregister abgelehnt hat.

A. Eine Bestimmung der Satzung einer Aktiengesellschaft, nach der Hauptversammlungen auch nach Zürich — also an einen Ort im Ausland — einberufen werden können, ist gem. § 23 Abs. 5 AktG unzulässig. Nach S. 2 dieser Vorschrift sind ergänzende Bestimmungen zulässig, wenn das Gesetz nicht eine abschließende Regelung enthält. Dies trifft für die behandelte Frage zu: Aus den Vorschriften des AktG und dessen aus dem Zusammenhang des Gesetzes zu erschließenden Sinn und Zweck (vgl. hierzu *KK-Kraft*, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 85; *Barz* in: *Großkomm. z. AktG*, 3. Aufl., § 23 Anm. 8) entnimmt der Senat eine abschließende Regelung dahin, daß die Abhaltung von Hauptversammlungen im Ausland nicht allgemein in der Satzung vorgesehen werden kann. Das gilt jedenfalls für Länder außerhalb der EG und insbesondere auch für die Bestimmung von Zürich als Ort künftiger Hauptversammlungen.

1. Die den Ort der Hauptversammlung regelnde Bestimmung von § 121 Abs. 4 AktG ergibt für die Streitfrage nur, daß die Hauptversammlung, sind die Aktien der Gesellschaft zum amtlichen Handel an einer deutschen Börse zugelassen, an deren Sitz stattfinden kann, während sie im übrigen, vorbehaltlich einer anderen Satzungsbestimmung, am Sitz der Gesellschaft abzuhalten ist; das soll die Gesellschafter vor willkürlicher Wahl des Versammlungsortes und daraus folgender Beeinträchtigung des Teilnahmerechts schützen (BGH WPM 85, 567). Die allgemeine Zulassung der Einberufung der Hauptversammlung an einen Ort im Ausland kann auch unter den heutigen Reise- und Verkehrsbedingungen, selbst bei Wahl einer gut erreichbaren schweizer Großstadt, noch eine zusätzliche Erschwerung der Erreichbarkeit des Versammlungsortes bedeuten, wie sie nach wie vor mit dem Grenzübertritt in verschiedener Hinsicht verbunden ist.

2. Entscheidend für die Auffassung des Senats ist die in § 130 AktG über die in der Hauptversammlung aufzunehmende notarielle Niederschrift getroffene Regelung, die Spezialvorschriften gegenüber dem BeurkG enthält (vgl. § 59 BeurkG; *Semler* in: *Münch.Hdb AktG*, § 40 Rdnr. 2; *Wilhelmi* BB 87, 1331/1336). Nach diesen Bestimmungen, die zwingendes Recht sind (*KK-Zöllner*, § 130 Rdnr. 3), ist insbesondere die Beurkundung von Beschlüssen und Minderheitsverlangen in bestimmter Weise vorgeschrieben. Über die in § 130 AktG enthaltenen Vorschriften hinaus ist anerkannt, daß den Notar bei seiner Mitwirkung in der Hauptversammlung zwar wohl nicht — mangels Beurkundung von Willenserklärungen die Aufklärungs- und Belehrungspflicht gem. § 17 BeurkG trifft (*Henn*, Hdb AktR, 4. Aufl., S. 341; *Eckardt*, AktG, § 130 Rdnr. 56), wohl aber eine Vielzahl von Hinweis- und Prüfungspflichten für einzelne Situationen der Hauptversammlung (vgl. *Henn* a. a. O., S. 341, 343; *KK-Zöllner*, § 130 Rdnr. 11 ff., 63 ff.; *Barz* in: *Großkomm. a. a. O.*, § 130 Anm. 18; *Wilhelmi* BB 87, 1331 ff.; *Schulte* AG 85, 33 f.; *Winkler* NJW 72, 981/987; 73, 222/224; einschränkend *Gefßler/Hefermehl/Eckardt* a. a. O., § 130 Rdnr. 56). Insgesamt hat der Notar in der Hauptversammlung eine wichtige Funktion, in der er auch öffentliche Interessen wahr (vgl. RGZ 119, 229: Protokoll der Hauptversammlung bei einer Aktiengesellschaft mit einem einzigen Aktionär).

Die dem Notar zugewiesenen Aufgaben können bei Stattfinden der Hauptversammlung im Ausland regelmäßig nicht vollständig erfüllt werden. Deutschen Notaren ist eine Mitwirkung verschlossen, weil ihre Tätigkeit gem. § 1 BNotO die Ausübung eines öffentlichen Amtes bedeutet, das auf das Inland beschränkt ist (vgl. *Seybold/Hornig*, BNotO, 5. Aufl., § 11 Rdnr. 5 f.). Träger einer dem Amt des Notars gemäß den Bestimmungen der BNotO vergleichbaren Funktion im Ausland werden vor allem den vorstehend genannten Hinweis- und Prüfungspflichten wegen des im allgemeinen anzunehmenden Fehlens der erforderlichen Kenntnisse im deutschen Recht nur lückenhaft oder gar nicht gerecht werden können. Daraus folgt insbesondere die Gefahr von Beschlüssen, gegen die aussichtsreich mit Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. Dies ist vorliegend auch nicht deshalb bedeutungslos, weil die umstrittene Satzungsänderung von allen Aktionären einstimmig beschlossen wurde. Mit der getroffenen Regelung werden nämlich die Belange künftiger Aktionäre berührt, die an der Satzungsänderung nicht beteiligt waren

und ihr nicht in den dafür vorgesehenen Formen entgegen treten konnten. Die Aktiengesellschaft ist — zumal bei der Ausgabe von Inhaberaktien — Publikumsgesellschaft; neue Anteilseigner werden sich vor dem Erwerb der Aktien nicht regelmäßig über Einzelheiten der Satzung, wie die Einberufungsmodalitäten der Hauptversammlung, unterrichten (vgl. *Bokelmann* NJW 72, 1729/1730). Daß die Abhaltung einer einzelnen Hauptversammlung im Ausland bei Einverständnis oder gar Erscheinen oder Vertretung aller gegenwärtigen Aktionäre möglicherweise keinen Bedenken unterliegt (vgl. LG Koblenz AG 1967, 138 — Universalversammlung —; *Bokelmann* NJW 75, 1625/1630; zur GmbH: OLG Düsseldorf NJW 89, 2200 f.), ändert an der Beurteilung einer Hauptversammlung im Ausland allgemein zulassenden Satzungsbestimmung als unzulässig nichts. In dem wohl überwiegenden Teil des Schrifttums werden Hauptversammlungen im Ausland auch allgemein nicht für zulässig erachtet, vor allem unter Hinweis auf die unzulässige Erschwerung der Teilnahme und Schwierigkeiten der Protokollierung (vgl. *Barz* in *GroßKomm.* a. a. O., § 121 Anm. 15; *KK-Zöllner*, § 121 Rdnr. 34; *Baumbach/Hueck*, AktG 13. Aufl., § 121 Rdnr. 9; *Möhring* u. a., Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl., S. 180; *Henn* a. a. O., S. 322 f.; *Wilhelmi* BB 87, 1331; *Kuntze* DB 75, 193 f.; *Winkler* NJW 74, 1032 f.).

3. Eine andere Betrachtungsweise wird auch nicht durch die zum Recht der GmbH in vergleichbarem Zusammenhang vorliegenden Entscheidungen und Äußerungen der Literatur gerechtfertigt (vgl. §§ 48, 53, 54 GmbHG). Hier war immer wieder darüber zu befinden, ob sog. Verfassungsakte, insbesondere gem. § 53 Abs. 1, 2 GmbHG notarieller Beurkundung bedürftige Änderungen des Gesellschaftsvertrages bei Gesellschaften mit Sitz in Deutschland und damit deutschem Personalstatut (vgl. BayObLG DNotZ 93, 187 [= *MittBayNot* 1992, 350]) unter Hinzuziehung einer Urkundsperson ausländischen Rechts im Ausland vorgenommen werden können. Dabei ist vor allem die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 I. Alternative EGBGB (entsprechend Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in der Fassung bis zum 31. 8. 1986) unter dem Gesichtspunkt erörtert worden, ob wegen Gleichwertigkeit der Beurkundung im Ausland statt durch einen Notar in Deutschland das Geschäft als wirksam anzusehen sei (verneinend: OLG Hamm NJW 74, 1057; OLG Karlsruhe RIW/AWD 79, 567; AG Köln DB 89, 2014, 2423; AG Fürth/MittBayNot 91, 30; bejahend: OLG Stuttgart Justiz 81, 19 — schon für Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB —; OLG Düsseldorf NJW 89, 2200; LG Köln RIW 89, 990; LG Nürnberg-Fürth NJW 92, 633; offen lassend: BayObLGZ 77, 242; OLG Frankfurt DB 81, 1456; aus der Literatur: *Scholz/Westermann*, GmbHG, 8. Aufl., Einleitung — IPR —, Rdnr. 95). Der Bundesgerichtshof hat sich im Beschluß vom 16. 2. 1981 (BGHZ 80, 76/78) im Falle der Beurkundung einer Satzungsänderung durch einen schweizerischen Notar einer Entscheidung über das Eingreifen von Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB enthalten und die für die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB erforderliche Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung hinsichtlich der Vorbildung und der Stellung im Rechtsleben des Notars in Zürich sowie des zu beachtenden Beurkundungsrechts bejaht sowie das regelmäßige Fehlen genauer Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts bei Notaren in Zürich für unerheblich erklärt, weil die Wahrnehmung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion gem. § 17 BeurkG verzichtbar sei; das Aufsuchen des ausländischen Notars komme einem solchen Verzicht gleich.

Auch diese Entscheidung rechtfertigt vorliegend keine andere Beurteilung. In jenem Fall ging es um die Beurkundung eines Beschlusses des einzigen Gesellschafters der GmbH. Die Hinzuziehung eines Notars durch ihn sollte nur einen bestimmten Verfassungsakt ermöglichen und bedeutete keinen allgemeinen Verzicht auf die Wahrnehmung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion gem. § 17 BeurkG wie vorliegend der Beschluß der Hauptversammlung vom 8. 6. 1990, bezogen auf die etwas andersartige Aufgabe des Notars in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. Die Bedeutung der Beteiligung eines Notars, der jener Aufgabe gerecht wird, hat der Bundesgerichtshof im Beschluß vom 24. 10. 1988 (BGHZ 105, 324/338) für den Fall der Satzungsänderung einer GmbH hervorgehoben; danach unterliegt die Änderung des Gesellschaftsvertrages aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherungsgründen, aber auch zum Zwecke materieller Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundungspflicht. Diese Gesichtspunkte gelten gleichermaßen für die Mitwirkung des Notars in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. Die eingeschränkte Wahrnehmung der Funktion des Notars würde zudem zu einer Ausdehnung der Aufgabe des Registergerichts führen, wenn es Satzungsänderungen, wie zu ihrer Wirksamkeit nötig, im Handelsregister einzutragen hat (§§ 181 Abs. 3 AktG, 54 Abs. 3 GmbHG; vgl. *Kropholler* ZHR 140/1976/394, 411, aber auch BGHZ 80, 76/79 f., wo die Prüfung durch das Registergericht gerade als Argument für die Möglichkeit des Verzichts auf Belehrung erscheint).

4. Die abweichenden Auffassungen im Schrifttum zum Aktienrecht führen auch nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Gegenstimmen machen überwiegend zum Kriterium für die Zulässigkeit der Hauptversammlung im Ausland die Gewährleistung gleichwertiger Beurkundung (vgl. *Gefbler/Hesfermehl/Eckardt* a. a. O., § 121 Rdnr. 42; *Semler* a. a. O., § 35 Rdnr. 31–34; *Schulte* AG 85, 33/37; *Schiessl* DB 92, 823; *MK-Spellenberg*, 2. Aufl., Art. 11 EGBGB Rdnr. 45 ff.; ohne entsprechende Abgrenzung: *Mann* ZHR 138/1974/448, 452; *Hirte* EWiR § 179 AktG 1/92 S. 117 f.). Jedenfalls bei einer die Abhaltung der Hauptversammlung an einem Ort des Auslands allgemein gestattenden Satzungsänderung reicht diese Überlegung für die Zulassung nicht aus (in diesem Sinne differenzierend auch *Semler* a. a. O., § 35 Rdnr. 34, wo für die „Sonderfrage“ auf die allgemeinen Grundsätze über Schranken der Stimmrechtsmehrheit verwiesen wird; Bedenken auch bei *Assmann*, *GroßKomm.* a. a. O., 4. Aufl., Einh. Rdnr. 614 ff.). In einem solchen Fall kann es sich bei den die Hauptversammlung im Ausland zulassenden Beteiligten (beschlußfassende Aktionäre, Vorstand, der die Hauptversammlung einberuft) und den von dem früher erklärten Verzicht auf die vollständige Erfüllung der Aufgabe des Notars in der Hauptversammlung Betroffenen (gegenwärtige Aktionäre) um verschiedene Personen handeln, wie ausgeführt, die Schutz verdienen, soweit sie der Abhaltung der Hauptversammlung nicht vorweg zugestimmt haben.

B. Die Vorinstanzen haben mit Recht wegen der Unzulässigkeit der umstrittenen Satzungsänderung die Anmeldung der Gesellschaft abgelehnt. Ob die Versagung der Eintragung im Handelsregister auf Nichtigkeit des Beschlusses der Hauptversammlung vom 8. 6. 1990 gem. § 241 Nr. 2 oder Nr. 3 AktG gestützt werden kann oder ob der Beschluß nur als anfechtbar gem. § 243 Abs. 1 AktG anzusehen ist, bedarf keiner Entscheidung. Ausschlaggebend ist, daß

durch die getroffene Regelung das öffentliche Interesse berührt wird. Ihm dient die Einhaltung der Formvorschriften für die Hauptversammlung, und die allgemeine Zulassung von Hauptversammlungen im Ausland greift in die Belange künftiger Aktionäre ein, wie ausgeführt (vgl. BGH NJW 88, 260; OLG Düsseldorf DB 67, 2155, wonach die Verletzung von § 23 Abs. 5 AktG zur Nichtigkeit führt; *Geßler/Hefermehl/Hüffer* a. a. O., § 241 Rdnr. 35, 46, 49, 51). Diese Gesichtspunkte rechtfertigen die Ablehnung der Anmeldung auch dann, wenn man den Beschluß der Hauptversammlung nur als anfechtbar ansehen wollte (vgl. KGJ 31, A 158; 34 A 136; 35 A 162/166; KK-Zöllner, § 181 Rdnr. 35 f., § 243 Rdnr. 38 f., 64; *Geßler/Hefermehl* a. a. O., § 181 Rdnr. 45 ff. — *Bungeroth* —, § 243 Rdnr. 130 f. — *Hüffer* —; *Wiedemann* in: GroßKomm. a. a. O., § 181 Anm. 7; *Schilling* in: GroßKomm. a. a. O., § 243 Anm. 32). Auf die Erhebung einer Anfechtungsklage, die vorliegend nicht ersichtlich ist, kommt es dabei nicht an.

Anmerkung:

Der — im Ergebnis — richtige Beschluß des OLG Hamburg berührt unterschiedliche Probleme, die präzisiert werden müssen.

1. Kann die Satzung einer Kapitalgesellschaft generell vorsehen, daß die Hauptversammlung (Gesellschafterversammlung) nicht im Inland, sondern im Ausland abgehalten wird oder werden kann? Der Beschluß des OLG Hamburg verneint diese Frage zutreffend; dies ist aber nicht unbestritten. Für die GmbH wird etwa bei *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., Rdnr. 13 zu § 51 GmbHG — ohne nähere Begründung — ausgeführt, daß die Satzung für den Ort der Gesellschafterversammlung auch einen Ort im Ausland vorsehen kann.

Für die Aktiengesellschaft nimmt etwa *Semler* im Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, § 35 Rdnr. 34 an, daß auch ein ausländischer Ort in der Satzung der Aktiengesellschaft zur Abhaltung der Hauptversammlung vorgesehen werden kann.

Semler will lediglich durch die Anwendung der Grundsätze über die Schranken der Stimmrechtsmehrheit verhindern, daß durch Satzungsänderung ein ausländischer Platz unter Mißachtung der Rechte der Minderheit in die Satzung eingeführt wird. Als Begründung wird angeführt, daß die Abhaltung einer Hauptversammlung an einem ausländischen Ort die Belange der Aktionäre nicht grundsätzlich beeinträchtigt, etwa dann nicht, wenn an einer deutschen Aktiengesellschaft ausschließlich im Ausland wohnhafte Aktionäre beteiligt sind. Dieser Gesichtspunkt trifft aber nicht zu, weil ein ausländischer Ort, schon wegen des Grenzübertritts, dessen Bedingungen sich zumindest theoretisch ändern und damit erschweren könnten, eine nicht ohne weiteres generell zumutbare Erschwerung der Erreichbarkeit des Versammlungsorts bedeutet.

Auch müßte dann, wenn man die heutigen Verkehrs- und Grenzübertrittserleichterungen ein für alle Mal berücksichtigen wollte, wohl eine Differenzierung hinsichtlich ausländischer Orte stattfinden, nämlich dahin, ob sie leicht erreichbar sind, nämlich im benachbarten Ausland liegen, oder schwer erreichbar sind, also etwa in Übersee liegen und dergleichen. Eine solche Differenzierung ist mit dem Erfordernis einer generellen, für alle Gesellschafter jetzt und in Zukunft passenden Regelung, die für die Satzung einer juristischen Person notwendig ist, nicht zu verein-

baren. Schon deshalb kann die Satzung einer juristischen Person für die Abhaltung der Versammlung ihrer Gesellschafter keinen ausländischen Ort vorsehen. Das Argument, in der Gesellschaft könnten nur ausländische Teilnehmer beteiligt sein, überzeugt nicht, weil sich der Teilnehmerkreis ja jederzeit ändern kann und für die künftigen Aktionäre dann das eine Erschwernis bedeutet, was jetzt noch eine Erleichterung ist. Die Satzung kann nicht nur auf die jetzigen Mitglieder der Gesellschaft abstellen.

2. Eine ganz andere Frage ist die, ob die Hauptversammlung (Gesellschafterversammlung) überhaupt im Ausland abgehalten werden kann. Diese Frage hätte das OLG Hamburg im vorliegenden Fall nicht entscheiden müssen. Denn wenn, aus den vorgenannten Gründen, in der Satzung nicht allgemein für die Gesellschafterversammlung ein Ort im Ausland bestimmt werden kann, brauchte nicht etwa darauf eingegangen zu werden, ob *im Einzelfall* eine Abhaltung der Versammlung im Ausland möglich ist. Für die GmbH ist anerkannt, daß bei Einverständnis aller Gesellschafter die Gesellschafterversammlung an jedem beliebigen Ort, also auch im Ausland, stattfinden kann. Das gleiche wird für die Universalversammlung der Aktiengesellschaft gelten (vgl. *Semler*, a. a. O., § 35 Rdnr. 32 m. w. N.). Auch wenn die Satzung der GmbH oder der AG nichts abweichendes bestimmt, kommt daher für die Abhaltung einer Hauptversammlung (Gesellschafterversammlung) im Ausland nur eine Universalversammlung in Betracht. Für die AG ergibt sich dies aus § 121 IV AktG; für die GmbH wird diese Vorschrift analog angewendet (BGH WM 85, 568).

3. Wird eine Vollversammlung im Ausland abgehalten, ergeben sich folgende Problemkreise:

a) Genügt die Ortsform auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge nach Artikel 11 Abs. 1 2. Alternative EGBGB? Dies wird vielfach vertreten, vgl. etwa *Palandt*, 53. Aufl., Rdnr. 17 zu Art. 11 EGBGB m. w. N., auch zu den Gegenmeinungen. Dies kann nicht richtig sein: Denn einmal spricht Art. 11 EGBGB nur von Rechtsgeschäften; die Beurkundung tatsächlicher Vorgänge, die die Niederschrift über die Gesellschafterversammlung einer juristischen Person enthält, ist aber kein Rechtsgeschäft. Zum anderen hat die Neuregelung des EGBGB im Jahre 1986 das Gesellschaftsrecht nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers ausgeklammert und schließlich muß zwar die Hauptversammlung (Gesellschafterversammlung) nicht unbedingt im Inland stattfinden, wenn es sich um eine Vollversammlung handelt, aber nach dem Personalstatut einer deutschen juristischen Person müssen die Vorschriften der §§ 130 AktG, 53 GmbHG eingehalten werden, so daß die Ortsform ausgeschlossen ist;

b) Kann ein ausländischer Notar die Erfordernisse der §§ 130 AktG, 53 GmbHG erfüllen? Dies wird von der wohl herrschenden Meinung für den Fall bejaht, daß die ausländische Urkundsperson und der ausländische Beurkundungsvorgang der deutschen Urkundsperson und dem deutschen Beurkundungsvorgang gleichwertig sind. Zur Begründung dafür, daß diese „Gleichwertigkeit“ genüge, wird auch auf den angeblich möglichen Verzicht auf die Prüfungs- und Belehrungsfunktionen der notariellen Beurkundung verwiesen. Jedenfalls für Gesellschafterversammlungen deutscher juristischer Personen kann dies nicht richtig sein, denn selbst wenn man einen Verzicht auf die Funktionen und Pflichten des Notars für zulässig ansehen wollte, was äußerst zweifelhaft ist, hat doch die Funktion des

Notars bei der Beurkundung von Gesellschafterversammlungen im Rahmen der §§ 130 AktG, 53 GmbHG, wie der Beschluß des OLG Hamburg zutreffend anzeigt, darüber hinausgehende öffentliche, registermäßige und publikumswirksame Bedeutung. Es ist nicht einzusehen, warum dies bei einer Vollversammlung wesentlich anders sein soll. Abgesehen davon ist auch im übrigen die Theorie der Gleichwertigkeit der Urkundsperson und des Beurkundungsvorgangs mehr als zweifelhaft. Daß es eine Gleichwertigkeit der Urkundsperson *und* des Beurkundungsvorgangs allenfalls theoretisch geben kann, geht schon daraus hervor, daß die Rechtsprechung zu den Hilfsmitteln des in seiner Zulässigkeit mehr als zweifelhaften Verzichts auf die Prüfungs- und Belehrungsfunktionen zurückgreifen muß, wobei ein solcher Verzicht ohnehin nicht greift, wenn die Bedeutung der Beurkundung über den Beteiligtenkreis hinausgeht, wie es bei Gesellschafterbeschlüssen juristischer Personen der Fall ist. Wenn in diesem Zusammenhang in der Rechtsprechung ausgeführt wird, daß es unerheblich sei, daß bei ausländischen Notaren genaue Kenntnisse des deutschen Gesellschaftsrechts fehlen, so leidet damit die Lehre von der „Gleichwertigkeit“ an einem unüberbrückbaren Widerspruch in sich selbst. Wenn jemandem etwas wesentliches fehlt, was der andere hat, so ist er eben nicht gleichwertig. Mit der Frage der Ortsform hat dies nichts zu tun; wie der Beschluß des OLG Hamburg aufzeigt, kann es bei Gesellschafterbeschlüssen einer deutschen juristischen Person eine „Ortsform“ nicht geben.

3. Der OHG der Republik Österreich hat durch einen Beschluß vom 28. 2. 1991 — 6 OB 1/91 — die Abhaltung der Generalversammlung einer österreichischen GmbH in Deutschland mit Beurkundung durch einen deutschen Notar jedenfalls für den Fall für zulässig erklärt, wenn der einzige Gesellschafter in Deutschland wohnhaft ist und somit Gründe des Schutzes inländischer Gesellschafter nicht in Betracht kommen. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte man *im Einzelfall* in ähnlichen Fällen bei deutschen juristischen Personen die gleichen Grundsätze anwenden.

In seiner Entscheidung vom 8. 11. 1993, II ZR 26/93 (in diesem Heft S. 77), hat der BGH in einem anderen Zusammenhang indirekt erkennen lassen, daß die Satzung einer Aktiengesellschaft nur einen deutschen Ort im Rahmen des § 121 AktG bestimmen kann. Auch dies spricht für die Auffassung des OLG Hamburg im vorstehenden Beschluß.

Notar Dr. Peter Lichtenberger, München

35. BeurkG §§ 40, 54; BNotO § 15; ZPO §§ 795, 797 Abs. 2, § 727 (*Verpflichtung des Notars zur Herausgabe einer beglaubigten Abtretungserklärung und zur Erteilung einer beantragten Vollstreckungsklausel*)

1. Das Ansuchen zur Vornahme einer Unterschriftsbeglaubigung kann auch von einer anderen Person als der Unterschriftsperson ausgehen.
2. Ist dies der Fall, so kann die Unterschriftsperson den Notar nicht anweisen, die beglaubigte Urkunde nicht an die andere Person herauszugeben.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluß vom 10. 5. 1993 — 2 Wx 15/93 —

Aus dem Tatbestand:

1. Aus dem Grundstückskaufvertrag vom 6. 8. 1991 zwischen der Beteiligten zu 2) als Verkäuferin und der BGB-Gesellschaft A. und B. trat die Beteiligte zu 2) einen Teilbetrag von 600 000 DM an die Bank — Beteiligte zu 1) — ab.

Mit Schreiben vom 26. 10. 1992 übersandte die Bank dem Notar eine Ausfertigung des Abtretungsvertrages mit ihren „Allgemeinen Bedingungen für die Abtretung von Forderungen (ABAF)“ mit der Bitte, die Unterschrift der Beteiligten zu 2) nach Anerkennung durch diese zu beglaubigen und ihr eine vollstreckbare Ausfertigung wegen eines Teilbetrages von 500 000 DM zu erteilen. Am 6. 11. 1992 erschien die Beteiligte im Notariat und erkannte ihre Unterschrift unter der Abtretungsurkunde an, woraufhin der Notar den Beglaubigungsvermerk fertigte.

Bevor der Notar die Urkunde wieder an die Bank übersandte und die beantragte vollstreckbare Ausfertigung des Grundstückskaufvertrages erteilte, teilte die Beteiligte zu 2) dem Notar am 11., 14. und 15. 12. 1992 mit, daß sie ihre „Zustimmung zur Beglaubigung nicht mehr erteile“. Die Urkunde dürfe nicht an die Bank herausgegeben werden, da der Kaufpreis in der zunächst fälligen Höhe gezahlt sei und es nicht ihr Fehler sei, daß der Betrag nicht auf dem Konto des Abtretungsempfängers eingegangen sei.

Unter Hinweis auf die nach seiner Auffassung zweifelhafte Rechtslage nach Rücknahme des Beglaubigungsantrags vor vollständiger Ausführung seiner Tätigkeit verweigerte der Notar die Herausgabe der beglaubigten Abtretungserklärung und die Erteilung der beantragten Vollstreckungsklausel.

2. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1) hat das Landgericht als Beschwerde nach § 15 BNotO angesehen. Es hat sie zurückgewiesen, da die Beglaubigung nach § 40 BeurkG nur auf Ansuchen der Unterschriftsperson vorgenommen werde, deren Einverständnis bis zur vollständigen Ausführung fortbestehen müsse. Die Beteiligte zu 1) könne vom Notar ein Tätigwerden nicht verlangen, sondern müsse ihren Anspruch gegen die Unterschriftsperson notfalls im Wege der Klage durchsetzen.

3. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1), mit der weiter vorgebracht wird, der Notar müsse die Vollstreckungsklausel schon deshalb erteilen, weil die Rechtsnachfolge nach Anerkennung der Unterschrift offenkundig sei.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist gem. §§ 54 II BeurkG, 27 ff. FGG, 550 ZPO zulässig.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelte es sich bei der Erstbeschwerde nicht um eine Beschwerde wegen Amtsverweigerung nach § 15 BNotO, sondern um eine Beschwerde nach § 54 I BeurkG. In dieser Vorschrift sind die Rechtsmittel gegen die Ablehnung der Erteilung einer Vollstreckungsklausel (Antrag zu 2) und durch Verweisung auf § 45 BeurkG gegen die Ablehnung der Aushändigung einer Urkunde (Antrag zu 1) besonders geregelt. Es handelt sich nicht um Fälle einer Amtsverweigerung, sondern um Entscheidungen nach Abschluß einer Beurkundung (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 54 BeurkG, Rdnr. 4). Auf die vom Landgericht erörterte Frage, ob dem Notar bei der Prüfung, ob er tätig werden muß, ein Beurteilungsspielraum zusteht, kommt es daher nicht an.

2. Die weitere Beschwerde ist auch in der Sache begründet, denn die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Gesetzesverletzung im Sinne des § 550 ZPO.

a) Die Abtretungsurkunde ist mit Beglaubigungsvermerk an die beteiligte Bank herauszugeben.

Entgegen der Auffassung des Notars und des Landgerichts wird eine vollzogene Beglaubigung nicht deshalb unwirksam, weil die Unterschriftsperson, die ihre Unterschrift vor

dem Notar anerkannt hat, das Anerkenntnis widerruft, bevor der Notar die Urkunde aus seinem Amtsbereich hinausgegeben hat.

Es ist allerdings richtig, daß eine Beglaubigung nach § 40 BeurkG nur auf einen Beurkundungswunsch (Ansuchen — vgl. *Seybold/Hornig*, BNotO, 5. Aufl. § 14 Rdnr. 24 —) erfolgen kann und daß die Unterschriftsperson gem. § 40 BeurkG die Unterschrift unmittelbar vor dem Notar („in Gegenwart“) vollziehen oder anerkennen muß (*Huhn/v. Schuckmann*, Beurkundungsgesetz, § 40 Rdnr. 19).

Die Erklärung der Unterschriftsperson vor dem Notar ist aber keine Willenserklärung, die erst mit dem Zugang an einen Erklärungsempfänger wirksam wird, sondern nur eine Tatsachenmitteilung zur Echtheit der Unterschrift an den Notar, so daß dieser im Beglaubigungsvermerk die Echtheit der Unterschrift nach Prüfung der Identität des Anerkennenden bezeugen kann (vgl. *Huhn/v. Schuckmann*, a. a. O., § 40 Rdnr. 3, 26). Zur Wirksamkeit dieser Tatsachenmitteilung bedarf es keines Zugangs an einen Empfänger. Mit der Fertigung des Beglaubigungsvermerks ist die Urkundstätigkeit des Notars abgeschlossen. Es besteht kein sachlicher Grund, die Wirksamkeit der Beurkundung erst eintreten zu lassen, wenn der Notar die öffentlich-beglaubigte Urkunde aus seinem Bereich herausgegeben hat, denn es handelt sich nicht um eine Entscheidung des Notars, die erst mit der Entäußerung wirksam würde.

Für einen Widerruf des Anerkenntnisses, weil es noch nicht wirksam geworden wäre, ist daher kein Raum.

Entgegen der Auffassung des Notars und des Landgerichts kann die Unterschriftsperson auch nicht durch Rücknahme des Beurkundungsgesuchs vor Weiterleitung der beglaubigten Urkunde durch den Notar die Herausgabe durch den Notar verhindern.

Der Beurkundungswunsch kann (wie hier) von einem an der Beglaubigung Interessierten an den Notar herangetragen werden (was die Bank zum Kostenschuldner nach §§ 2, 141 KostO macht). Wenn die Unterschriftsperson auf deren Verlangen vor dem Notar erscheint, ist darin kein eigenes Ansuchen der Unterschriftsperson zu sehen, wenn diese nur die Echtheit der Unterschrift im Interesse der Bank bestätigen will. Die vom Landgericht und Notar genannten Literaturstellen (*Jansen*, FGG, 3. Bd., 2. Aufl., § 40 BeurkG, Rdnr. 23; *Faßbender/Peter*, Notariatsurkunde, Rdnr. U 40) heben die Notwendigkeit eines Ansehens daher auch nur hervor, um darzulegen, daß der Notar nicht ohne freiwilliges Anerkenntnis der Unterschriftsperson bei zufälligen Gelegenheiten oder aufgrund sonstiger Überzeugungsbildung die Beglaubigung vornehmen darf (vgl. auch *Keidel/Kuntze/Winkler*, a. a. O., § 40 BeurkG, Rdnr. 31). Aus diesem Umstand ergibt sich aber nicht, daß das Ansuchen im Sinne des Gesuchs um notarielles Tätigwerden nur von der Unterschriftsperson ausgehen könnte. Daraus folgt, daß die Unterschriftsperson bei dieser Sachlage den Notar nicht anweisen kann, die beglaubigte Urkunde nicht an die Bank herauszugeben.

Da die beteiligte Bank das Ansuchen gestellt hat und die Abtretungsurkunde mit der beglaubigten Unterschrift ihr Eigentum ist, muß der Notar sie an sie herausgeben.

b) Der Notar darf auch die Erteilung einer titelübertragenden Vollstreckungsklausel nicht aus den bisherigen Gründen versagen. Gem. §§ 795, 797 II, 727 ZPO ist er für die Erteilung einer titelübertragenden Klausel zuständig. Die Abtretungserklärung ist nach dem Gesagten eine wirksam

öffentlich-beglaubigte Urkunde im Sinne des § 727 I ZPO, die die Rechtsnachfolge ausweist, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Rechtsnachfolge bei der gegebenen Sachlage für den Notar auch offenkundig im Sinne von § 727 II ZPO wäre.

Der Senat kann jedoch nicht beurteilen, ob auch die weiteren Voraussetzungen der Erteilung einer titelübertragenden Klausel, insbesondere das Gehör des Schuldners nach § 730 ZPO, schon geprüft bzw. erfüllt sind. Diese weitere Prüfung ist Sache des beteiligten Notars.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt. Im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG ist der Notar nicht Beteiligter, sondern erstinstanzliches Entscheidungsorgan, dem keine Kosten auferlegt werden können (BayObLG DNotZ 1972, 371; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 46; zustimmend *Huhn/v. Schuckmann*, a. a. O., § 54 Rdnr. 8). Das gilt auch für das Verfahren der weiteren Beschwerde.

36. BNotO § 15 Abs. 1, §§ 23, 24 (*Pfändung in ein Notar-anderkonto*)

1. Auch bei einem mehrseitigen Verwahrungsverhältnis ist ein einseitiger Weisungswiderruf für den Notar bindend.
2. Durch die Pfändung des Auszahlungsanspruchs eines Beteiligten ist dessen Weisung, restliche Kaufpreisanteile an einen Dritten auszuzahlen, als widerrufen anzusehen.
3. Mangels übereinstimmender Anweisungen darf der Notar keine Auszahlung vornehmen.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Wuppertal, Beschluß vom 22. 6. 1993 — 6 T 327/93 —

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2. und seine Ehefrau haben an die Eheleute X. Grundbesitz veräußert. Der Notar hat den Grundstückskaufvertrag vom 26. 1. 1993 (UR.-Nr. 108/1993) beurkundet. In dem Kaufvertrag heißt es u. a.:

„Der Kaufpreis beträgt 198.000,— (einhundertachtundneunzigtausend) Deutsche Mark.

Der Kaufpreis ist zinslos fällig und zahlbar am 15. 3. 1993, und auf das Notaranderkonto des amtierenden Notars ... zu zahlen.

Die Beteiligten weisen den Notar unwiderruflich an, aus dem hinterlegten Kaufpreis zunächst für Rechnung der Verkäufer deren Verbindlichkeiten, welche durch die Rechte Abt. III lfd. Nr. 8, 9 und 10 gesichert sind, abzulösen und einen etwa verbleibenden Kaufpreisrest an die A. auszuzahlen, sobald ...“.

Die Eheleute haben den Kaufpreis in voller Höhe auf einem Anderkonto des Notars hinterlegt. Am 23. 3. 1993 hatte er ihn bis auf einen Betrag von 19.033,34 DM ausgezahlt. Am 31. 3. 1993 ist ein weiterer Betrag i. H. v. 220,50 DM an die Stadtkasse V. ausgezahlt worden.

Die Beteiligte zu 3. betreibt gegen den Beteiligten zu 2. die Zwangsvollstreckung wegen titulierter Ansprüche i. H. v. ca. 50.000,00 DM zuzüglich Zinsen und Vollstreckungskosten. Wegen dieser Ansprüche ist dem Notar als Drittschuldner am 25. 2. 1993 das vorläufige Zahlungsverbot vom 9. 2. 1993 und am 18. 3. 1993 der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß des Amtsgerichts V. vom 11. 3. 1993 (15 a M 729/93) zugestellt worden. Danach sind u. a. die angeblichen Auszahlungsansprüche des Schuldners (Beteiligten zu 2.) an den Notar aus der Veräußerung des 1/2-Anteils des an die Eheleute X. veräußerten Grundbesitzes gepfändet und der Beteiligten zu 3. zur Einziehung überwiesen worden.

Der Notar hat, nachdem ihm eine zunächst nur von dem Beteiligten zu 2. und seiner Ehefrau unter dem 26. 1. 1993 unterzeichnete „Abtretungsvereinbarung“ vorgelegt worden ist, am 11. 3. 1993 den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 3. mitgeteilt, daß dem Vorbringen des Beteiligten zu 2. zufolge der Kaufpreis, soweit er nicht zur Lastenfreistellung benötigt werde, an die Beteiligte zu 1. abgetreten und zudem im Kaufvertrag eine entsprechende Anweisung enthalten sei. Diese haben unter dem 16. 3. 1993 Bedenken gegen die Auszahlung eines Kaufpreisteiles an die Beteiligte zu 1. angemeldet und geltend gemacht, eine Abtretung sei ihnen nicht bekannt. Unter dem 19. 3. 1993 haben sie um „Auskehrung des auf Herrn . . . (Beteiligten zu 2.) entfallenden freien Kaufpreisteiles an uns“ gebeten.

Mit Schreiben vom 24. 3. 1993 an den Beteiligten zu 2. und seine Ehefrau hat der Notar bei gleichzeitiger Mitteilung, daß er von dem auf seinem Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreis i. H. v. 198.000,00 DM einen Teilbetrag von 178.966,66 DM in näher bezeichneter Art und Weise ausgezahlt habe, angekündigt, den restlichen, auf den Beteiligten zu 2. entfallenden Kaufpreisanteil nach Abzug weiterer Kosten an die Beteiligte zu 3. auszuführen. Er hat diese Absicht damit begründet, daß ihm die Beteiligung der Beteiligten zu 1. an dem Abtretungsvertrag nicht nachgewiesen worden sei und darüberhinaus die Beteiligte zu 3. geltend gemacht habe, zwischen dem Beteiligten zu 2. und der Beteiligten zu 1. bestehe Identität.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1. und 2. mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. 4. 1993, auf das verwiesen wird. Sie legen nunmehr die beglaubigte Ablichtung einer „Abtretungsvereinbarung“ zwischen dem Beteiligten zu 2. und seiner Ehefrau einerseits, der Beteiligten zu 1. andererseits vor, die unter dem 26. 1. 1993 von den ersteren unterzeichnet und unter dem 5. 2. 1993 mit Firmenstempel der Beteiligten zu 1. und ersichtlich zwei Unterschriften versehen ist. Sie machen geltend, aufgrund dieses Abtretungsvertrages stehe der Auszahlungsbetrag allein der Beteiligten zu 1. zu.

Die Beteiligte zu 3. ist dem Rechtsmittel entgegengetreten.

Dem Notar ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. ist unzulässig, die des Beteiligten zu 2. zulässig gem. § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Diese Vorschrift eröffnet über den Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO (Verweigerung der Urkundstätigkeit) hinaus den dort vorgesehenen Beschwerdeweg auch dann, wenn der Notar im Rahmen von Amtstätigkeiten im Sinne von §§ 23, 24 BNotO bestimmte Handlungen verweigert — hier: die Auskehrung des restlichen Kaufpreisteiles an die Beteiligte zu 1. —, so daß gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch Streitigkeiten über Notar-Anderkonten-Abrechnungen zugewiesen sind (vgl. BGH, Urteil vom 14. 12. 1989, IX ZR 119/88; BGH Z 76, 9, 13 — 15 [= DNotZ 1980, 496]; OLG Hamm, OLG Z 1984, 387 ff. [= DNotZ 1985, 56]; OLG Köln DNotZ 1989, 257 f.). Denn die durch § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO geschaffene Anrufung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß für alle Arten notarieller Amtsverweigerung, für die nicht besondere Rechtsschutzmöglichkeiten gesetzlich geschaffen sind, als der richtige „Rechtsweg“ für diejenigen angesehen werden, der den Notar mit Hilfe der Gerichte zu einer Amtshandlung zwingen lassen will.

Gleichwohl ist vorliegend für die Beteiligte zu 1. dieses Beschwerdeverfahren, mit dem sie die Berücksichtigung der von ihr geltend gemachten Abtretung des Anspruchs des Beteiligten zu 2. auf Auszahlung des restlichen Kaufpreis-

erlöses an sie begehrt, nicht eröffnet. Denn insoweit ist sie nicht Beteiligte der Urkundstätigkeit (Kaufvertrag) des Notars und auch nicht Beteiligte der an diese Tätigkeit anknüpfenden Verwahrungs- und Betreuungsgeschäfte gem. §§ 23, 24 BNotO. Nur die Beteiligten an dem konkreten Treuhandverhältnis können aber ein Einwirkungsrecht auf den Notar haben. Denn während bei der Beurkundungstätigkeit eines Notar Amtspflichten nicht nur gegenüber den unmittelbar an dem Amtsgeschäft Beteiligten, sondern auch gegenüber solchen Personen bestehen können, deren Interesse nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch diese berührt und in deren Rechtskreis dadurch eingegriffen werden kann, obliegen dem Notar bei den Amtshandlungen der §§ 23 und 24 BNotO in der Regel nur Amtspflichten gegenüber seinem „Auftraggeber“. Der Kreis der „geschützten“ Personen ist bei einer Amtstätigkeit des Notars nach den §§ 23, 24 BNotO ein anderer als bei der Urkundstätigkeit. Nur wer an den Amtspflichten konkret beteiligt ist, kann von dem Notar die entsprechende Amtstätigkeit, wenn er sie verweigert, verlangen (vgl. OLG Celle, DNotZ 1984, 256 ff.; KG, DNotZ 1978, 182 ff. [= MittBayNot 1977, 75]).

Diese Voraussetzungen sind aber vorliegend, soweit es die Beteiligte zu 1. betrifft, nicht gegeben. An dem Grundstückskaufvertrag war sie nicht beteiligt. Allein ihr Vorbringen, es liege eine Abtretungsvereinbarung zwischen ihr und dem Beteiligten zu 2. und seiner Ehefrau vor, macht sie noch nicht zur Beteiligten und gibt ihr noch nicht ein Einwirkungsrecht darauf, wie der Notar mit dem bei ihm noch befindlichen Restkaufpreis zu verfahren hat.

Danach ist nicht das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1., wohl aber das des Beteiligten zu 2. zulässig. Denn er ist einer der Beteiligten an dem Grundstückskaufvertrag und mithin einer der „Auftraggeber“, dem gegenüber dem Notar Amtspflichten obliegen.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. hat jedoch in der Sache nur teilweise Erfolg. Auch er begehrt ersichtlich die Auszahlung des restlichen Kaufpreisteiles an die Beteiligte zu 1. aufgrund der behaupteten Abtretungsvereinbarung. Dieses Begehren beinhaltet zugleich auch, als Minus, daß der restliche Kaufpreisteil nicht, wie von dem Notar angekündigt, an die Beteiligte zu 3. ausgekehrt wird. Insofern hat das Rechtsmittel Erfolg. Dagegen hat das weitergehende Begehren des Beteiligten zu 2., daß der zur Auszahlung anstehende Betrag an die Beteiligte zu 1. ausgezahlt wird, keinen Erfolg.

Gem. § 23 BNotO sind die Notare auch zuständig, Geld, das ihnen von den Beteiligten übergeben ist, zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen. Damit gehört auch im vorliegenden Fall die Annahme, Aufbewahrung und Ablieferung des Kaufpreises zu den Amtsgeschäften des Notars, die er nach den Weisungen oder Ersuchen der an dem Geschäft Beteiligten auszuüben hat. Diese — also der Beteiligte zu 2. und seine Ehefrau einerseits, die Eheleute X. andererseits — haben ihn dem Grundstückskaufvertrag vom 26. 1. 1993 zufolge übereinstimmend angewiesen, bei Auszahlungsreife einen etwa verbleibenden Kaufpreisrest an die Beteiligte zu 1. auszuführen. Diese Weisung ist für den Notar bindend, solange sie nicht — auch einseitig — widerrufen oder sonst nachträglich geändert wird. Denn auch der einseitige Weisungswiderruf bzw. eine einseitige nachträgliche Weisungsänderung sind für den den Kaufpreis verwahrenden Notar bindend. Das

steht im Einklang mit dem Grundsatz, daß Anträge und Ersuchen im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit frei widerruflich sind (vgl. BGH, DNotZ 1960, 265, 268 ff.; OLG Düsseldorf, MittRHNNotK 1989, 175). Der Notar darf seine Amtstätigkeit nicht gegen den Willen der Beteiligten oder auch nur eines von ihnen ausüben. Es ist auch nicht seine Aufgabe, etwa im Falle der Zurücknahme eines Auftrags durch nur einen Beteiligten zu prüfen, ob diese Erklärung wirksam ist. Er muß sich vielmehr damit begnügen, die veränderte Sachlage mit entsprechender eingehender Belehrung den Beteiligten mitzuteilen und ihre weiteren Weisungen abzuwarten (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O.; *Arndt*, Bundesnotarordnung, 2. Aufl., § 23 Anm. II 3). In diesem Sinne liegt der Fall auch hier. Denn die dem Notar von den Kaufvertrags-Beteiligten erteilte Weisung ist in Ansehung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 11. 3. 1993 als teilweise, soweit es den Beteiligten zu 2. betrifft, widerrufen anzusehen. Die Auszahlungsansprüche des Beteiligten zu 2. aus der Veräußerung des Grundstücks sind gepfändet worden und der Beteiligte zu 2. darf insoweit über die Forderung nicht mehr verfügen, was auch beinhaltet, daß er den Notar nicht weiterhin anweisen kann, restliche Kaufpreisanteile an die Beteiligte zu 1. auszukehren. Somit liegen jedenfalls derzeit dem Notar übereinstimmende Weisungen der Vertragsbeteiligten nicht mehr vor. Während die Weisungen der Ehefrau des Beteiligten zu 2. und der Eheleute X. nach wie vor dahin gehen, den restlichen Kaufpreisanteil an die Beteiligte zu 1. auszuführen, hat er aufgrund der Pfändung durch die Beteiligte zu 3. die „Weisung“, den restlichen Kaufpreisanteil des Beteiligten zu 2. an sie selbst auszuführen.

Danach kann der Notar eine Auszahlung des verbleibenden, auf den Beteiligten zu 2. entfallenden Kaufpreisanteils derzeit an keinen der Beteiligten vornehmen, jedenfalls so lange nicht, als ihm keine übereinstimmende anderslautende Weisung erteilt ist oder neue übereinstimmende Erklärungen der Beteiligten vorliegen, die ggf. durch Urteil ersetzt worden sind. Gerade weil der Notar bei dem von mehreren Vertragsbeteiligten übernommenen Auftrag zum Vollzug eines von ihm beurkundeten Geschäfts nur den gemeinsamen, übereinstimmenden, Weisungen der Vertragsbeteiligten unterworfen ist, obliegt ihm insbesondere auch

nicht die Berücksichtigung der Behauptung des Beteiligten zu 2., der Restkaufpreisanspruch sei an die Beteiligte zu 1. abgetreten worden. Die behauptete Abtretung ist darauf, wie der Notar mit dem bei ihm noch befindlichen Restkaufpreis zu verfahren hat, ohne Bedeutung. Denn sonst müßte der Notar prüfen und ggf. letztlich auch entscheiden, ob eine Abtretung vorliegt und ob sie wirksam ist. Dies ist jedoch nicht seine Aufgabe und liegt nicht im Rahmen seiner Amtsbefugnisse. Der Notar kann und darf nicht streitentscheidend tätig werden, zumal ihm dazu auch nicht die erforderlichen Mittel und Wege zu Gebote stehen. Oftmals wird die wahre Rechtslage nur in einem förmlichen Verfahren mit förmlicher Beweisaufnahme geklärt werden können. Dazu ist der Notar aber nicht befugt und dies kann auch nicht im vorliegenden Verfahren geschehen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts in dem hier in Rede stehenden Verfahren, über privatrechtliche Streitfragen abschließend zu entscheiden, zumal dadurch unter Umständen auch Rechte und Belange anderer, am vorliegenden Verfahren nicht Beteiligter berührt werden könnten, und das Gericht kann dem Notar auch nicht etwas aufgeben, was nicht zu seiner Amtstätigkeit gehört.

Aus alledem folgt, daß der Notar den restlichen, auf den Beteiligten zu 2. entfallenden Kaufpreisanteil jedenfalls derzeit, mangels übereinstimmender Weisungen der Vertragsbeteiligten unter Einschluß der Beteiligten zu 3., soweit es den Beteiligten zu 2. betrifft, weder an die Beteiligte zu 3. noch an die Beteiligte zu 1. auszahlen kann. Er muß es vielmehr den Beteiligten überlassen, ihre widerstreitenden Interessen an dem zur Auszahlung noch anstehenden Betrag ggf. im Klagewege zu verfolgen, wenn sonst eine Übereinstimmung nicht erreicht werden kann. Bis neue übereinstimmende, ggf. durch Urteil ersetzte Erklärungen der Beteiligten vorliegen, wird der Notar mit der Auszahlung des restlichen Kaufpreisanteils zuzuwarten und die Gelder in Verwahrung zu halten haben (vgl. OLG Köln, DNotZ 1971, 599 f.). Ob der Notar unter den Umständen des vorliegenden Falles zur Hinterlegung des noch in seinem Besitz befindlichen Geldbetrages bei der Gerichtskasse berechtigt ist (vgl. insoweit BGH DNotZ 1960, 265 ff., 270 f.), bedarf im vorliegenden Fall nicht der Entscheidung und muß dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen bleiben.

...

1. Behandlung von Erwerbsnebenkosten und Steuerberatungskosten für die Erstellung der Schenkungsteuererklärung

Verfügungen der OFD München und Nürnberg vom 20.10.1993 — S 3810 — 27 St 353 bzw. S 3810 — 77/St 33.

Bei Schenkungen unter Lebenden können im Zusammenhang mit der Ausführung der Zuwendung zwangsläufig Kosten anfallen (z. B. Notarkosten). Während für Erwerbe von Todes wegen die Abzugsfähigkeit der Kosten, die dem Erwerber im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs entstehen, in § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG gesetzlich geregelt ist, fehlt für Schenkungen eine entsprechende gesetzliche Regelung.

Die Erbschaftsteuerreferenten beschlossen, die Kosten, die im Zusammenhang mit der Ausführung einer Schenkung entstehen, bei der Ermittlung des Werts des steuerpflichtigen Erwerbs wie folgt zu behandeln:

1. Allgemeine Erwerbsnebenkosten (Kosten der Rechtsänderung)

Die allgemeinen Erwerbsnebenkosten, wie z. B. für Notar, Grundbuch oder Handelsregister, entstehen erst durch die Schenkung.

Trägt der Beschenkte diese Kosten, handelt es sich hierbei um Folgekosten der Schenkung, die keine Gegenleistung für das übertragene Vermögen darstellen. Die Kosten sind vom Steuerwert der Zuwendung abzuziehen. Im Fall einer gemischten Schenkung gilt dies, soweit die Kosten anteilig auf den unentgeltlichen Teil der Zuwendung entfallen.

Trägt der Schenker diese Kosten, handelt es sich um eine zusätzliche Schenkung, die die Bereicherung des Beschenkten entsprechend erhöht.

2. Steuerberatungskosten für die Erstellung der Schenkungsteuererklärung

Diese Kosten stehen zwar nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem schenkweise zugewendeten Vermögen. Sie fallen jedoch an, weil die Beteiligten durch § 31 ErbStG zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet sind. Dies gilt auch für die Kosten, die in einem sich ausschließenden Rechtsbehelfsverfahren oder einem finanzgerichtlichen Verfahren anfallen.

Trägt der Beschenkte diese Kosten, sind sie vom Steuerwert der Zuwendung abzuziehen. Da sie stets nur den unentgeltlichen Teil der Zuwendung betreffen, gilt dies uneingeschränkt auch im Fall einer gemischten Schenkung.

Trägt der Schenker diese Kosten, handelt es sich um eine zusätzliche Schenkung, die die Bereicherung des Beschenkten entsprechend erhöht.

3. Grunderwerbsteuer

Fällt im Zusammenhang mit einer gemischten Grundstücksschenkungen Grunderwerbsteuer an, betrifft sie stets nur den entgeltlichen Teil der Zuwendung (vgl. § 3 Nr. 2

GrEStG). Ein Abzug bei der Ermittlung des Werts des steuerpflichtigen Erwerbs ist ausgeschlossen. Trägt der Schenker diese Kosten, handelt es sich um eine zusätzliche Geldschenkung.

4. Schenkungsteuer

Die Behandlung der Schenkungsteuer ist in § 10 Abs. 2 und 8 ErbStG abschließend geregelt.

2. Vollzug der Schenkung bei vorbehaltenem Nießbrauch und bedingten Rückübertragungsansprüchen

Schreiben der OFD München an die Landesnotarkammer Bayern vom 27. 12. 1993 — S 3808 B — 1 St 353 —

a) Anfrage

Die Landesnotarkammer Bayern hat an die Oberfinanzdirektion München folgende Anfrage gerichtet:

Sachverhalt

Überlassen wird ein vermietetes Grundstück mit aufstehendem Gebäude, unter Vorbehalt des lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauchs am Vertragsobjekt. Weiter verpflichtet sich der Zuwendungsempfänger, zu Lebzeiten des Zuwendenden das Vertragsobjekt ohne dessen Zustimmung nicht zu veräußern, widrigenfalls er zur Rückgabe verpflichtet ist. Nießbrauch und bedingter Rückübertragungsanspruch werden im Grundbuch vermerkt.

Die zuständige Schenkungsteuerstelle hat den Beteiligten erklärt, der Erlaß eines Schenkungsteuerbescheids komme nicht in Betracht, da die Zuwendung nicht gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt sei.

Diese Auffassung steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 22.09.1982 II R 61/80, BStBl 1983 II, 179; Urteil vom 13.09.1989, II R 67/86, BStBl 1989 II, 1034 = MittBayNot 1990, 127) und der einschlägigen Literatur (*Meincke*, ErbStG, 9. Aufl. 1992, § 7 Rdnr. 53 und § 9 Rdnr. 40; *Troll*, ErbStG, § 7 Rdnr. 6; *Karsten Schmidt*, BB 1993, 1992/1996 f.; anderer Ansicht *Peltner*, DStR 1986, 72/75 und *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, § 27 Ziff. 1.4). Hiernach schließt jedenfalls nach Auffassung des BFH sogar eine freie Widerrufsmöglichkeit die Annahme des Schenkungsvollzugs nicht aus.

Fragen

1. Handelt es sich bei der Auffassung des Finanzamtes X um eine Einzelmeinung oder beruht sie auf einer generellen Verwaltungsübung? Bejahendenfalls bitten wir um Übersendung der entsprechenden Anweisungen.
2. In welchen der folgenden Fallkonstellationen gilt die Zuwendung als ausgeführt im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG? In allen diesen Fällen wird jeweils ein Grundstück mit aufstehendem Gebäude überlassen, unter folgenden Auflagen:

1. Fallgruppe 1

- a) nur Nießbrauchsvorbehalt,
- b) nur Wohnungsrecht,
- c) Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zu Geldzahlungen als dauernde Last,
- d) Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zu Geldzahlungen als Leibrente.

2. Fallgruppe 2

- a) nur Veräußerungsverbot,
- b) Veräußerungs- und Belastungsverbot,
- c) Erweiterung des bedingten Rückübertragungsanspruchs auf sonstige, vom Zuwendenden nicht beeinflussbare Ereignisse (z. B. kinderloses Vorversterben des Zuwendungsempfängers, Scheidung der Ehe des Zuwendungsempfängers etc.),
- d) Rückübertragungspflicht auf jederzeitiges Anfordern des Zuwendenden hin.

3. Fallgruppe 3

Kombination der Auflagen oben 1. a) mit d) mit den Auflagen oben 2. a) mit d).

b) Antwort

Die Oberfinanzdirektion München hat die Anfrage mit Schreiben vom 27. 12. 1993 — S 3808 B — 1 St 353 — wie folgt beantwortet:

„Nach früherer Ansicht der Finanzverwaltung wurden Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, die gleichzeitig mit einer Widerrufs Klausel beschwert waren, erst mit dem Erlöschen dieser Rechte als ausgeführt im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG angesehen. Diese Rechtsauffassung ist zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung (insbesondere BFH-Urteil vom 13. 09. 1989, BStBl II, 1034 = MittBayNot 1990, 127) überholt.

Die in Ihrem Schreiben unter den Fallgruppen 1 mit 3 aufgezählten Auflagen hindern die schenkungsteuerliche Ausführung der Zuwendung nicht.

Ich habe die Schenkungsteuer-Finanzämter meines Bezirks entsprechend unterrichtet.“

3. Förderungsfähigkeit von Anzahlungen auf Anschaffungskosten nach dem Fördergebietsgesetz vor Erteilung der Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung bzw. dem Grundstücksverkehrsgesetz

Verfügung der OFD Berlin vom 29. 12. 1993 — St 441 b — S 1988 — 3/93

Bei Grundstückserwerb und Erbbaurechtsbestellungen im Beitrittsgebiet sind Genehmigungen nach der GVO, dem Grundstücksverkehrsgesetz und in bestimmten Fällen zusätzlich nach dem Baugesetzbuch erforderlich. Es ist an mich die Frage herangetragen worden, ab wann Sonderabschreibungen nach dem FördG in Anspruch genommen werden können, wenn zum Zeitpunkt des vereinbarten Lastenwechsels die erforderliche Genehmigung noch nicht vorliegt.

Ich bitte, hierzu die Auffassung zu vertreten, daß ausstehende Genehmigungen nach den vorbezeichneten Vorschriften keinen Einfluß auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums haben. Wird danach der Lastenwechsel trotz ausstehender Genehmigung vollzogen, kommen ab diesem Zeitpunkt Sonderabschreibungen in Betracht. Die fehlende Genehmigung hindert auch nicht an der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen auf Anzahlungen, wenn die Voraussetzungen des BMF-Schreibens vom 29. 3. 1993 (BStBl I S. 279) erfüllt sind — hier insbesondere der vertragliche Anspruch auf Anzahlungen —.

Wird die Genehmigung nicht erteilt, müßte der entsprechende Steuerbescheid unter rückwirkender Versagung der Sonderabschreibungen geändert werden.

Diese Grundsätze gelten jedoch nur dann, wenn der Antrag auf Genehmigung bereits gestellt wurde, diese aber noch nicht erteilt worden ist. Liegt jedoch bereits eine Versagung der Genehmigung vor, so können Sonderabschreibungen nicht in Anspruch genommen werden.

Diese Regelung ergeht mit Zustimmung der Senatsverwaltung für Finanzen.

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung ab 1. 2. 1994:

Dr. Karl Bauer, Kirchheimbolanden

2. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung vom 1. 1. 1994:

Eggenfelden dem Notar
Lutz Feller
bisher in Waldmünchen

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung ab 1. 1. 1994:

Dirk Steiner, Kulmbach (Notarstelle Dr. Anton)
Christoph Gürtler, Neu-Ulm (Notarstelle Dr. Kanzleiter)
Christian Hertel (Studium an amerikanischer Universität bis 31. 8. 1994)

4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Inspektorin i.N. Claudia Melch, Freyung (Notarstelle Burghart) ab 1. 7. 1994 in Passau (Notarstelle Dr. Plenk/Dr. Reimann)

Notarassessor Dr. Norbert Mayer, Landesnotarkammer München, ab 1. 2. 1994 in München (Notarstelle Graf zu Castell/Singer)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin Susanne Gärtner, München (Notarstellen Dr. Schöner / von Grafenstein), ab 1. 1. 1994 ausgeschieden

Oberamtsrat Werner Oehler, Kulmbach (Notarstellen Dr. Anton / Dr. Reuter), ab 1. 11. 1993 im Ruhestand

Amtsrat Ludwig Attenberger, Kötzing (Notarstelle Dr. Schlierf), ab 1. 2. 1994 im Ruhestand

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1. 1. 1994:

zum Notariatsrat (VGr II a BAT):

Hermann Klein, Kaiserslautern (Notarstellen Pres / Lechner)

zum Oberamtsrat (VGr. II a BAT):

Adolf Heinz, Laufen (Notarstelle Ringhof)

Konrad Söhnlein, Nürnberg (Notarstellen Dr. Bunte / Dr. Rottenfuß)

Hans Thoma, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak / Regler)

Siegwart Riedel, Hof (Notarstelle Wasserthal)

Max Donaubaer, Passau (Notarstelle Bächer)

Roland Hickertseder, Rosenheim (Notarstellen Dr. Weber / Dr. Spiegelberger)

Manfred Legl, München (Notarkasse-Prüfungsabteilung)

zum Amtsrat/Amtsrätin (VGr. III BAT):

Rita Oberfrank, Höchstädt / Donau (Notarstelle Dr. Koch)

Dieter Stoffels, Sonthofen (Notarstellen Strobach / Dr. Obermaier)

Rita Rößler, Neustadt / Waldnaab (Notarstelle Dr. Schwanecke)

Karlheinz Keimel, Lauingen (Notarstelle Schmitt)

Klemens Kübert, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler)

Konrad Filberth, Prien (Notarstellen Huber / Dr. von Daumiller)

Helmut Dingethal, Weißenhorn (Notarstelle Röth)

Günther Geßenich, Neuburg / Donau (Notarstellen Leitenstern / Walter)

Richard Di Qual, Traunstein (Notarstellen Dr. Gierl / Blail)

Wolfgang Hartinger, Freising (Notarstelle Muthig)

Sigrid Jeschke, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe)

Manfred Köppelle, Nördlingen (Notarstelle Sulzbach)

Martin Paunert, Dachau (Notarstellen Prinz/Dr. Promberger)

Günther Rödel, Rosenheim (Notarstellen Dr. Weber / Dr. Spiegelberger)

Hermann Müller, Hof (Notarstelle Hoffmann)

Hans-Jochen Winkler, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Gerhard Blüm, Frankenthal (Notarstellen Barth / Scheerer)

Günther Nagel, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim / Dr. Kollmar)

August Lang, Regensburg (Notarstellen Irlér / Megies)

Wolfgang Loscher, München (Notarstelle Prof. Dr. Schippel)

Anton Batzlsperger, Landshut (Notarstelle Häusler)

Ralf Klinger, München (Notarstellen Oberacher / Dr. Oberacher)

zum Amtmann (VGr. IV a BAT):

Hans Tremmel, Prien (Notarstellen Huber/Dr. von Daumiller)

Lothar Roos, Markttheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk / Dr. Hofstetter)

Josef Kaiser, Augsburg (Notarstellen Dr. Weigel/Laue)

Walter Estelmann, Landau / Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Ludwig Heinrich, Fürth (Notarstelle Lunz)