

ABHANDLUNGEN

Nießbrauch und Wohnungseigentum*

Von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Zahllose Eigentumswohnungen wurden in den letzten Jahren gegen Nießbrauchsvorbehalt übertragen. Es dürfte nur wenige größere Eigentumswohnanlagen mehr geben, bei denen es keinen Nießbraucher gibt. Dies wirft rechtliche und praktische Probleme auf, zu deren Lösung es noch keine gefestigte Rechtsprechung und im übrigen ein kontroverses Meinungsbild gibt. Der Beitrag versucht, Antworten zu geben und Klarheit zu schaffen.

1. Inhalt des Nießbrauchs

Der Nießbrauch an einem Grundstück samt Gebäude ist ein Nießbrauch an Sachen und fällt somit unter die Vorschriften der §§ 1030 bis 1067 BGB. Zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, das eine Reihe von Verpflichtungen vor allem des Nießbrauchers auslöst¹. So hat z. B. der Nießbraucher die wirtschaftliche Bestimmung des Nießbrauchsgegenstandes aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren und damit die gewöhnliche Unterhaltungspflicht (§ 1036 Abs. 2 BGB); er ist dem jeweiligen Eigentümer gegenüber verpflichtet, gewisse öffentliche und private Lasten zu tragen (§ 1047 BGB), die Sache auf seine Kosten zu versichern (§ 1045 BGB) und für den gewöhnlichen Abgang von Grundstücksinventar Ersatz zu beschaffen (§ 1048 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen (§ 1041 BGB), während der Eigentümer für die Erhaltung der Grundsubstanz verantwortlich ist (arg. § 1041 BGB: außergewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerungen). So enthält das BGB einen ganzen Katalog der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Sie werden zunächst vom Typenzwang des Sachenrechts erfaßt, der abweichende Vereinbarung mit dinglicher Wirkung an sich nicht zuläßt und dafür keine Vertragsfreiheit gewährt². Vom starren Prinzip der zwingenden Natur des Sachenrechts wird aber eine Ausnahme bei Bestimmungen gemacht, die das gesetzliche

Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher betreffen³. Zur solchen dinglich abänderbaren Bestimmungen zählen § 1041 S. 2 BGB (Pflichten für Ausbesserungen und Erneuerungen), §§ 1045, 1046 BGB (Versicherungspflicht), § 1047 BGB (Tragung öffentlicher und privater Lasten)⁴.

Die in der Praxis wichtigste und häufigste Änderung ist die bei § 1041 BGB, wonach der Nießbraucher für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen hat, Ausbesserungen und Erneuerungen ihm aber nur insoweit obliegen, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Der Nießbraucher hat danach auf seine Kosten nur die gewöhnlich laufenden Reparaturen, insbesondere die Schönheitsreparaturen, vorzunehmen. Für außergewöhnliche Reparaturen und Instandsetzungen, also Maßnahmen zur Substanzerhaltung, muß dagegen der Eigentümer aufkommen. Aus § 1041 S. 2 BGB ist aber keine Pflicht des Eigentümers zur Durchführung solcher Maßnahmen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis herzuleiten⁵.

Den Weg dazu, dem Nießbraucher auch die Bestreitung der außergewöhnlichen Kosten in dinglicher Abweichung von § 1041 BGB aufzuerlegen, hat das BayObLG erst durch seine Rechtsprechung eröffnet⁶. Diese Abänderung ist heute aus der Kautelarjurisprudenz nicht mehr wegzudenken.

Neben steuerlichen Überlegungen hat der Bruttonießbrauch bei einer Übergabe gegen Nießbrauchsvorbehalt den Zweck, dem Übergeber die lebzeitige Unabhängigkeit zu erhalten und ihm alle Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu sichern, verbunden mit der Tragung aller Lasten. Gleichzeitig soll der Übernehmer davon entbunden werden, Aufwendungen für das Objekt zu leisten, das er noch nicht nutzen kann. Dies ist der wichtige zivilrechtliche Aspekt vor allem bei Einfamilienhäusern und Eigentumswohnungen, die der Nießbraucher weiterhin selbst bewohnen will⁷.

³ Dazu *Amann* DNotZ 1989, 536 ff.; BayObLGZ 1987, 273 m.w.N.

⁴ Im einzelnen *Staudinger/Frank* a.a.O. Rdnr. 12 ff.

⁵ *Staudinger/Frank* § 1041 Rdnr. 7 m.w.N.

⁶ BayObLGZ 1977, 205; 1985, 6.

⁷ Der erbrechtliche Aspekt, die 10-Jahresfrist des § 2325 BGB für Pflichtteilergänzungsansprüche laufen zu lassen, hat durch die Entscheidung des BGH vom 27.4.1994 (NJW 1994, 1971 = MittBayNot 1994, 340) wonach die Frist erst mit Beendigung des Nießbrauch beginnt, seine Bedeutung verloren.

* Der Beitrag ist in erweiterter Form in der Festschrift für *Seuß* (Januar 1997) erschienen. Vgl. hierzu die Rezension von *Frank*, in diesem Heft S. 91.

¹ *Staudinger/Frank* 13. Bearb. 1994 Vorbem. zu §§ 1030 ff. BGB Rdnr. 6.

² Ebenda Rdnr. 7 ff.

2. Nießbrauch an Wohnungseigentum

An einer Eigentumswohnung kann ein Nießbrauch bestellt werden. Dies wird zwar von niemandem bezweifelt, ist aber nicht ganz selbstverständlich. Jedenfalls sind die gängigen dogmatischen Begründungen dafür nicht überzeugend. Die Eigentumswohnung besteht aus einem Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung (§ 1 Abs. 2 WEG). Die enge rechtliche Verbindung beider Eigentumsteile stellt § 6 Abs. 1 WEG her, wonach nur beides gemeinsam veräußert und belastet werden kann. So ist das Wohnungseigentum ein besonders ausgestaltetes Miteigentum⁸, das wie ein eigenes selbständiges Grundstück am Rechtsverkehr teilnimmt. Zu diesem Zweck erhält jede Eigentumswohnung ein eigenes Grundbuchblatt (§ 7 WEG) mit allen für den Rechtsverkehr maßgeblichen Komponenten. Gegenstand der Belastung ist die Eigentumswohnung als rechtlich eigenständige Sache, als echtes Volleigentum, das als „Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum“ bezeichnet und im Bestandsverzeichnis gebucht ist. Der Miteigentumsanteil hat darin keine Eigenfunktion, so daß für die Vorschriften des BGB über die rechtliche Behandlung von einfachen Miteigentumsbruchteilen weder unmittelbar noch mittelbar Raum vorhanden ist⁹. Dies trifft insbesondere für § 1066 BGB zu, der den Nießbrauch an normalen Miteigentumsbruchteilen behandelt, aber auch den Nießbrauch, den ein Alleineigentümer zu einem ideellen Bruchteil bestellt¹⁰. Er wird an einem Bruchteil eines Miteigentümers bei mehreren Miteigentümern oder als ausdrücklicher Bruchteilsnießbrauch beim Alleineigentümer eingetragen. Bei der Eigentumswohnung wird der Nießbrauch als Vollnießbrauch am Gesamtobjekt eingetragen. § 1066 BGB paßt nicht für das gebuchte Wohnungseigentum, auch wenn er wegen der Begriffsidentität „Miteigentumsanteil“ verführerisch ist. Er ist daher nicht die dogmatische Grundlage dafür, daß eine Eigentumswohnung mit einem Nießbrauch belastet werden kann, auch wenn Literatur und Rechtsprechung weitgehend darauf abstellen¹¹. Gegen die Anwendbarkeit von § 1066 BGB beim Wohnungseigentum spricht sich zutreffend *Röll* aus¹². Der Meinung von *Schöner*¹³ kann nicht beigeplichtet werden. Er wendet § 1066 BGB unmittelbar an, indem er den Miteigentumsanteil zu sehr in den Vordergrund stellt und so die sachenrechtliche Einheit und Selbständigkeit von „Miteigentum verbunden mit Sondereigentum“ nicht genügend beachtet. Der wohnungseigentumsrechtliche Miteigentumsanteil ist keine besondere Ausformung des in § 1066 BGB angesprochenen Miteigentums, sondern ein aliud dazu. Die Belastbarkeit mit einem Nießbrauch ergibt sich somit ausschließlich daraus, daß das Wohnungseigentum ein rechtlich besonders ausgestaltetes Miteigentum ist¹⁴.

⁸ Vgl. *Weitnauer* WEG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 83, § 6 Rdnr. 1.

⁹ So auch *Palandt/Heinrichs* § 903 BGB Rdnr. 4, wo Wohnungs- und Teileigentum als Sonderform des allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Eigentums bezeichnet werden.

¹⁰ Dazu *Staudinger/Frank* § 1030 Rdnr. 21.

¹¹ So z.B. *Bärmann/Pick/Merle* WEG § 1 Rdnr. 105; *Demharter* GBO Anh. zu § 3 Rdnr. 46; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht Rdnr. 2951; *Weitnauer* WEG § 3 Rdnr. 107; KG WE 1987, 130. Nießbrauchsbelastung ohne Nennung von § 1066 BGB: *Bärmann/Pick* WEG § 1 Rdnr. 23; *Erman/Ganten* § 1 WEG Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge* § 6 WEG Rdnr. 9.

¹² *MünchKommRöll* § 25 WEG Rdnr. 13a.

¹³ „Das Stimmrecht des Nießbrauchers in der Versammlung der Wohnungseigentümer“ DNotZ 1975, 68.

¹⁴ *BayObLGZ* 1979, 276 = *MittBayNot* 1979, 165; *Palandt/Bassenge* vor § 1 WEG Rdnr. 2.

Wenn man die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs am Wohnungseigentum auf § 1066 BGB gründet, führt dies schnell dazu, ihn auch sonst unmittelbar oder entsprechend anzuwenden, was zu unzutreffenden Ergebnissen führt. Deswegen darf man ihn schon gar nicht als Eingangspforte heranziehen. Wendet man aber § 1066 BGB an, läßt sich nicht vermeiden, auch andere Miteigentumsregelungen des BGB zu beachten. So kann z. B. ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nicht an einem einfachen Miteigentumsanteil bestellt werden¹⁵, warum aber dann doch am Wohnungseigentum? Eine Hypothek oder Grundschuld kann nur an Miteigentumsanteilen in der Hand verschiedener Miteigentümer bestellt werden (§ 1114 BGB); warum kann dann unbestrittenermaßen der Alleineigentümer (z. B. Bauträger) sämtlicher Eigentumswohnungen diese verschieden belasten? Oder ist die Dogmatik des Miteigentums teilbar? Die Beispiele ließen sich fortsetzen; sie zeigen die Sackgasse der Begründungen mit § 1066 BGB deutlich auf. § 1066 BGB trifft auch Regelungen über die Auseinandersetzung, die unvereinbar mit dem unauflösbaren WEG-Miteigentum sind (§ 11 WEG)¹⁶.

Die hier vertretene Einordnung des § 1066 BGB, oder besser seine Nichtanwendbarkeit beim Nießbrauch am Wohnungseigentum, führt dazu, daß die Probleme des Nießbrauchs aus dem WEG selbst und seinen Prinzipien zu interpretieren sind. Ein Hauptprinzip ist dabei, daß die Rechte und Pflichten aus dem Wohnungseigentum nur der Eigentümer wahrnehmen kann, und zwar der im Grundbuch eingetragene. Dies hat der BGH zunehmend herausgestellt. So hat er der Figur des „werdenden Eigentümers“, also des erst nur durch Vormerkung gesicherten Erwerbers, das Ende bereitet und das Stimmrecht an die Grundbucheintragung des Erwerbers als Eigentümer geknüpft¹⁷. Die Haftung für Kosten trifft denjenigen, der im Zeitpunkt der Beschlußfassung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist¹⁸. Trotz gewichtiger abweichender Interessenlagen hält der BGH daran fest, daß das formale Kriterium der Eintragung im Grundbuch ausschlaggebend ist¹⁹. Die diesbezügliche Funktion des Grundbuchs darf nicht eingeschränkt werden²⁰. Das WEG kennt selbst keine Ausnahme, die von dieser Eigentümerfunktion abweicht. Die Frage ist, ob die Interessenlage, die durch den Nießbrauch als einem dinglichen Recht, das dem Nießbraucher Eigentümerbefugnisse, nämlich die Nutzung gewährt, eine andere Betrachtungsweise gebietet. Zu der Vertikale zwischen Eigentümer und Nießbraucher – ausgefüllt durch das oben erwähnte gesetzliche Schuldverhältnis – tritt die Horizontale als der Beziehungs-

¹⁵ *Palandt Bassenge* § 1093 Rdnr. 6; zur Belastung allgemein § 6 WEG Rdnr. 9.

¹⁶ Das Dilemma zeigt sich auch im Verhältnis zum Wohnungsrecht des § 1093 BGB. Dazu hat der BGH am 26.11.1977 – DNotZ 1978, 156 – entschieden, daß das Stimmrecht in Verwaltungsangelegenheiten dem Wohnungsberechtigten zustehe. Er hat dies wohnungseigentumsrechtlich begründet. Eine Krücke wie § 1066 BGB stand ihm beim Wohnungsrecht nicht zur Verfügung. Es ist daher auch unlogisch, für das Stimmrecht des Nießbrauchers jene BGH-Entscheidung unter gleichzeitigem Bezug auf § 1066 BGB heranzuziehen. Was die Auseinandersetzungsregelungen betrifft, eliminiert man sie geschickt aus der Diskussion, indem man § 1066 BGB nur als soweit rechtlich möglich anwendet.

¹⁷ 1.12.1988 DNotZ 1989, 422 = NJW 1989, 1087; dazu *Weitnauer* Anh. § 10 WEG.

¹⁸ BGH 21.4.1988 DNotZ 1989, 148 (Beschluß über Nachforderungen); BGH 15.6.1989 NJW 1989, 3018 (Sonderumlage); BayObLG 21.7.1994 WE 1995, 248 (Jahresabrechnung).

¹⁹ *Wenzel* WE 1994, 356; vgl. BGH NJW 1994, 3352.

²⁰ BGH DNotZ 1989, 424.

bereich zu allen anderen Miteigentümern. Dabei ist der Nießbraucher an den Inhalt des Wohnungseigentums im Gesetz (§§ 10 ff. WEG) und in den Vereinbarungen (Gemeinschaftsordnung) gebunden. Fraglich ist, ob auch zu den Miteigentümern ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, kraft dessen er unmittelbar an dem Gemeinschaftsverhältnis teilhat.

Zu den grundlegenden Rechten der Wohnungseigentümer gehört das Recht der Selbstverwaltung (§§ 20, 21 WEG)²¹. Sie beinhaltet auch eine Pflicht dazu, indem z. B. gegenseitige Ansprüche auf ordnungsgemäße Verwaltung gewährt werden (§ 21 Abs. 4 WEG). Die Verwaltung umfaßt alle Maßnahmen, die im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Wohnungseigentums notwendig und wirtschaftlich nicht wesentliche Änderungen sind²². Für diese Selbstverwaltung stellt das Gesetz das Instrument des Beschlusses zur Verfügung. Die Selbstverwaltung obliegt den im Grundbuch eingetragenen Eigentümern, von denen keiner aus ihr entlassen werden und von denen sich keiner ihr entziehen kann. Das WEG kennt kein Schlupfloch und § 1066 BGB kann auch kein solches sein, wie oben dargelegt ist. Legt man dieses Selbstverwaltungsprinzip zugrunde, fällt es schwer, dem Nießbraucher einen originären im Nießbrauch verankerten Anteil an der Selbstverwaltung der Wohnungseigentümer zukommen zu lassen. Dem Eigentümer müßte ein Stück weggenommen werden. Das Selbstverwaltungsrecht ist aber unteilbar.

3. Das Stimmrecht

Die Selbstverwaltung geschieht in der Eigentümerversammlung durch Beschlußfassung. Die Beschlüsse werden durch die stimmberechtigten Miteigentümer gefaßt. Deswegen hat sich das Nießbrauchsproblem besonders am Stimmrecht entzündet. Folgende Möglichkeiten stehen dabei zur Verfügung²³: Stimmrecht a) nur beim Eigentümer, b) nur beim Nießbraucher, c) nur gemeinsam, d) aufgespalten je nach Beschlußgegenstand.

Zu a: Stimmrecht nur beim Eigentümer²⁴

Bei den Meinungen, die das Stimmrecht nur dem Eigentümer gewähren, werden u. a. folgende Argumente angeführt²⁵:

Stimmrecht ist Ausfluß des unlösbar mit dem Eigentum verbundenen Mitgliedschaftsrechts (*Baur, Henkes/Niedenführ/Schulze, Riecke*), wesentlicher Bestandteil des Wohnungseigentümerrechts (*Ring*), Nießbraucher steht wirtschaftlich dem auch nicht stimmberechtigten werdenden Eigentümer gleich (*Henkes/Niedenführ/Schulze*); § 1066 BGB nicht anwendbar, weil WEG eine körperschaftliche Sonderregelung

trifft, die § 1066 nicht zum Zuge kommen läßt (*Röll*); Möglichkeit des Eindringens unerwünschter Personen, die im Fall des § 12 WEG abgelehnt werden könnten (*Baur, Bader*); Probleme der Ladung und der Feststellung der Stimmberechtigung bei jeder Abstimmung (*Seuß*); Stimmrecht des Nießbrauchers inkonsequent, wenn er kein Verfahren nach § 43 WEG auslösen kann (*Müller*); mit Gesetzeswortlaut nicht vereinbar (*Bader*), Ladungs- und Unterscheidungsprobleme für Verwalter, Aufspaltung des Stimmrechts insgesamt problematisch (*Müller, Bader*), Probleme bei Prüfung der Stimmberechtigung, des Anfechtungsrechts und der Wirksamkeit von Beschlüssen (*Stürmer, Bader*), Stimmrecht Dritter bedeutet Ende der Verwaltbarkeit (*Bader*).

Zu b: Stimmrecht nur beim Nießbraucher

Ein ausschließliches Stimmrecht des Nießbrauchers unter völligem Ausschluß des Eigentümers wird offensichtlich von niemandem vertreten.

Zu c: Gemeinsames Stimmrecht

*Weitnauer*²⁶ und *Schöner*²⁷ geben dem Eigentümer und dem Nießbraucher ein gemeinsames Stimmrecht, das sie nur einheitlich und gemeinsam ausüben können. Ist einer vom Stimmrecht ausgeschlossen, kann es der andere allein ausüben. *Schöner* beschäftigt sich ausführlich damit und knüpft dabei an § 25 Abs. 2 S. 2 WEG an.

Zu d: Gespaltenes Stimmrecht

Die Lehre von der Stimmrechtsspaltung ist in Rechtsprechung²⁸ und Literatur²⁹ besonders gängig. Man kann sie angesichts der Gegenstimmen aber nicht als herrschende Meinung³⁰ ansehen, allenfalls als vorhandene Rechtsprechung. Sie stützt sich zum einen auf die Entscheidung des BGH zum begrenzten Stimmrecht des Wohnungsberechtigten nach § 1093 BGB³¹, vor allem aber auf § 1066 BGB³². Sie besagt, daß der Nießbraucher in all den Dingen, die sein aus dem Nießbrauch hergeleitetes Nutzungs- und Verwaltungsrecht betreffen, also Verwaltung, Gebrauch und Nutzung des nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentums, anstelle des Eigentümers stimmberechtigt ist. Genannt werden dafür die §§ 15, 16 und 21 WEG, zum Teil auch § 28 WEG, auch die Verwalterbestellung³³. Der Eigentümer selbst ist dabei für diese Bereiche von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen, es sei denn, der Nießbraucher nimmt sein Stimmrecht

²⁶ WE 1987, 132 und WEG § 25 Rdnr. 11.

²⁷ DNotZ 1975, 78 ff.

²⁸ Richtungsweisend KG 1.4.1987 NJW-RR 1987, 973 = WE 1987, 126 mit Anm. *Weitnauer* (der Beschluß des KG steht im sachlichen Widerspruch zu seinem Beschluß vom 5.2.1988 WE 1988, 91, wo es zum werdenden Wohnungseigentümer ausführt, die Rechtsklarheit gebiete, die Rechte eines Wohnungseigentümer nur dem zugestehen, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist); HansOLG Hamburg 10.9.1987 WE 1988, 92; LG München NJW-RR 1994, 1497; LG Ingolstadt MittBayNot 1996, 440.

²⁹ *Bärmann*, Wohnungseigentum, Rdnr. 239; *Pick* in *Bärmann/Pick/Merle* WEG § 25 Rdnr. 13, zum Teil aber nur gemeinsames Stimmrecht; *Bärmann/Pick* WEG § 25 Rdnr. 22; *Deckert*, Die Eigentumswohnung Gruppe 5 Rdnr. 29; *Palandt/Bassenge* § 25 WEG Rdnr. 2.

³⁰ So vorsichtig *Erman/Ganten* 9. Aufl. § 25 WEG Rdnr. 3.

³¹ Gegen die Heranziehung dieser Entscheidung *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl., Rdnr. 152.

³² Siehe Fußnote 21.

³³ LG München NJW-RR 1994, 1497; das HansOLG Hamburg nennt konkret § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 5, § 28 sowie §§ 15, 16, 21 WEG.

²¹ Dazu *Müller* PiG 32 (1991) S. 13.

²² *Bärmann/Pick* WEG § 21 Rdnr. 1.

²³ Vgl. *Schöner* DNotZ 1975, 78; *Weitnauer* WEG § 25 Rdnr. 10, 11.

²⁴ *Bader* ZgemWWBay 1987, 313 = PiG Nr. 25 (1987); *Bub*, Wohnungseigentum von A-Z, S. 309; *Henkes/Niedenführ/Schulze* WEG § 25 Rdnr. 6; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl., Rdnr. 152; *Riecke* WEZ 1988, 168; *Röll* in Münchener Kommentar § 25 WEG Rdnr. 13a (dagegen unklar im Handbuch für Wohnungseigentümer 7. Aufl. 1996 Rdnr. 228); *Seuß*, Die Eigentumswohnung 10. Aufl. S. 229; *Soergel/Baur* 11. Aufl. § 25 WEG Rdnr. 7; wohl auch *Sauren* WEG, 2. Aufl. § 25 Rdnr. 9; *Soergel/Stürmer* 12. Aufl. § 25 Rdnr. 7; *Schmidt* in *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1996, Rdnr. A 163, B 6.

²⁵ Namen aus der vorherigen Fußnote, wobei die Autoren sich nicht auf ein Argument beschränken.

nicht wahr oder ist selbst ausgeschlossen³⁴. Der Nießbraucher ist daher zur Versammlung auch zu laden. Das HansOLG Hamburg³⁵ gibt zwar Abgrenzungsschwierigkeiten zu, meint aber, das WEG biete eine gute Orientierung durch seine Vorschriften. Die Art der einzelnen Angelegenheit sei im WEG beschrieben. Konflikte zwischen Nießbraucher und Eigentümer seien hinzunehmen, da auf andere Weise nicht gewährleistet werden könne, daß die dingliche Rechtsposition des Nießbrauchers in den Angelegenheiten der §§ 15, 16 und 21 WEG nicht ausgehöhlt werde. Damit hat das OLG den Kern der Problematik angesprochen, die dingliche Rechtsposition des Nießbrauchers, für die alle diejenigen eintreten, die dem Nießbraucher ein Stimmrecht gewähren³⁶.

4. Wertung

Eine Wertung der vorstehenden Positionen muß zunächst davon ausgehen, daß das WEG zwar ein Stimmrecht mehrerer Eigentümer kennt (§ 25 Abs. 2 S. 2 WEG), aber keine Stimmrechtsteilung je nach Gegenstand der Beschlußfassung. Eine solche muß in das Gesetz hineininterpretiert werden. § 1066 BGB ist, wie ausgeführt, dafür nicht geeignet. Es müssen allgemeine Rechtsüberlegungen zu dem Spannungsfeld Eigentümer-Nießbraucher-Eigentümergeinschaft angestellt werden. Dazu mag zwar verständlich dargelegt werden, daß der Nießbraucher ein Mitspracherecht für das, was ihn betrifft, haben soll. Wenn es aber nicht in das rechtliche System des Gesetzes, und zwar des WEG, paßt, dann geht das WEG vor. Maßgebend sind folgende Überlegungen:

a) Das Stimmrecht ist Ausfluß und wesentlicher *Bestandteil des Eigentümerrechts*, wie es der BGH bestätigt hat³⁷. Das WEG läßt keine Übertragung³⁸ oder Abspaltung bzw. Teilung zu. Indem § 25 Abs. 2 WEG bestimmt, daß ein Stimmrecht nur einheitlich ausgeübt werden kann, wird die Unteilbarkeit geradezu normiert. Es kann daher nicht von der konkreten Betroffenheit einer Person vom Beschlußgegenstand abhängen³⁹.

b) Der Nießbrauch betrifft das Verhältnis des Eigentümers zum Nießbraucher, das inhaltlich verschieden gestaltet werden kann (*Nießbrauchsinhalt*). Eine wichtige Variante ist der Bruttonießbrauch. Wenn man auf die dingliche Rechtsstellung des Nießbrauchs abstellt, muß man auch seinen konkreten Inhalt berücksichtigen. Dem Bruttonießbraucher obliegt auch die Substanzerhaltung, sein Stimmrecht müßte daher weiter gehen als das des normalen Nießbrauchers. Die inhaltliche Abweichung vom Normalnießbrauch ergibt sich aus der Eintragungsbewilligung, auf die die Grundbucheintragung Bezug nimmt. Aus dem Eintragungstext im Grundbuch ist die Unterscheidung nicht erkennbar. Muß der Verwalter die Grundbücher nach Nießbraucheintragungen durchforsten und dazu auch die Grundakten ansehen, um festzustellen, wofür der Nießbraucher ein Stimmrecht hat? Dürfen die übrigen Wohnungseigentümer diese Grundbuch- und Grundakten-

einsichten vornehmen, um die Beschlußberechtigung in der Eigentümersammlung beurteilen zu können? Wie weit geht das Einsichtsrecht (§ 12 Abs. 1 GBO)?

c) Von den gesetzlichen Pflichten des Eigentümers zur Tragung der *Kosten und Lasten* kann dieser nicht teilweise entbunden werden. Seine Eigenschaft als Eigentümer macht ihn zum Kostenschuldner für das, was beschlossen ist⁴⁰. Er würde also auch für das haften, was der Nießbraucher an seiner Stelle beschlossen hat. *Sauren* bezeichnet dies zutreffend als einen Vertrag zu Lasten Dritter, wenn der Nießbraucher abstimmen kann, der Eigentümer aber bezahlen muß⁴¹. Würde man es anders sehen, könnte sich der Eigentümer durch Nießbrauchsbestellung der Pflicht zur Kostentragung entziehen, ein für das Wohnungseigentum nicht denkbare Ergebnis.

d) Die Beschlüsse der Eigentümer binden nach § 10 Abs. 3 WEG auch *Rechtsnachfolger*. Der Nießbraucher hat aber keine Rechtsnachfolger, weil der Nießbrauch spätestens mit seinem Tod erlischt. Sein Beschluß müßte als Eigentümerbeschluß gewertet werden. Wo steht es aber, daß er den Eigentümer bindet⁴²? Jedenfalls nicht in § 10 Abs. 3 WEG. Schließlich kann die Interessenlage bezüglich Fortwirkung ganz verschieden sein. Da könnte der Eigentümer nach dem Tod des Nießbrauchers unangenehme Überraschungen erleben.

e) Die Probleme kulminieren im *Anfechtungsrecht*, im Verfahren nach § 43 ff. WEG, in dem über die Bestandskraft eines Beschlusses befunden wird. Dem Nießbraucher kann kein Anfechtungsrecht zugestanden werden⁴³. Dies würde auch zu einer unheilvollen Verwirrung führen und müßte das Anfechtungsrecht des Eigentümers ausschließen. So weit geht das KG aber doch nicht, sondern nennt den Eigentümer neben dem Nießbraucher anfechtungsberechtigt. Es kann aber keine zwei Anfechtungsberechtigten geben, die sogar nicht kongruierende Interessen verfolgen können. Beispiele der Verwirrung sind: Eigentümer ficht Nießbraucherbeschluß an; Nießbraucher ficht Beschluß der Eigentümergeinschaft an; Eigentümer will ihn gelten lassen; Nießbraucher ficht Beschluß seines Eigentümers an, weil er seine Rechte beeinträchtigt sieht. Offen bleibt die Frage, ob der Eigentümer den Beschluß anfechten kann, wenn er selbst anders abgestimmt hätte als der Nießbraucher, die Stimme des Nießbrauchers aber für die Mehrheit entscheidend war. Dieser Konflikt zwischen den beiden berührt nämlich die übrigen Miteigentümer nicht. Die Abgrenzungsprobleme zwischen Eigentümer- und Nießbraucherrechten können verfahrensrechtlich kaum bewältigt werden, so daß man dem Nießbraucher kein Anfechtungsrecht einräumen kann. Andererseits gibt man dem Nießbraucher Steine statt Brot, wenn man ihn beschließen, aber nicht anfechten läßt. Es wäre ein amputiertes Stimmrecht. Die Probleme im Anfechtungsverfahren bleiben auch ungelöst, wenn man mit *Weitmayer* und *Schöner* ein gemein-

³⁴ Eingehend KG a.a.O.

³⁵ WE 1988, 92.

³⁶ Ausführlich jetzt *Bärmann/Pick/Merle*, 7. Aufl. 1996 § 25 Rdnr. 13 m.w.N.

³⁷ DNotZ 1989, 422.

³⁸ *Palandt/Bassenge* § 25 WEG Rdnr. 2.

³⁹ Vgl. auch BayObLG zur gemeinsamen einheitlichen Beschlußfassung über die Heizkosten bei einer Mehrhausanlage WE 1994, 304.

⁴⁰ *Weitmayer* PiG 27 (1988) S. 266.

⁴¹ WEG 2. Aufl. § 25 Rdnr. 9.

⁴² Dazu auch *Riecke* WEZ 1988, 168, der meint, es sei bisher nicht schlüssig begründet worden, warum eine fehlende Stimmberechtigung den jeweiligen Wohnungseigentümer zwingen sollte, den betreffenden Beschluß zu dulden.

⁴³ *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums 2. Aufl. Rdnr. 152; *Bader* PiG Nr. 25 (1988) S. 72; AG München 18.1.1983, zitiert bei *Bader*; AG Mönchengladbach-Rheydt 24.7.1994 12 UR II 17/94, nicht veröffentlicht. Für Anfechtungsrecht des Nießbrauchers: KG a.a.O.; *Bärmann*, Wohnungseigentum Rdnr. 239 a.E.

sames Stimmrecht annimmt. Soll dann das Anfechtungsrecht auch nur beiden gemeinsam zustehen, auch dann wenn wegen Abwesenheit des Nießbrauchsberechtigten nur der Eigentümer am Beschluß mitgewirkt hat? Soll bzw. kann das gesetzlich verankerte Anfechtungsrecht des Eigentümers durch den Nießbrauch eingeschränkt werden? Beide gehen auf diese Fragen nicht ein. Schon wegen des verfahrensrechtlichen Dilemmas ist das gemeinschaftliche Stimmrecht abzulehnen.

f) Die Abgrenzung der Stimmrechte nach *Beschlußgegenständen* kann nicht funktionieren. Die Nennung der §§ 15, 16, 21 und 28 WEG ist eine Scheinlösung, weil auch innerhalb dieser Bestimmungen Nießbraucherrechte und Eigentümerrechte in verschiedener Weise auftreten. Die Gebrauchsregelungen nach § 15 WEG können unterschiedlichster Art sein und sind nicht von vornherein einer Sphäre ausschließlich zuordenbar. Soll z. B. der Nießbraucher allein darüber befinden dürfen, ob in Zukunft tätige Mithilfe gilt⁴⁴? Wie soll es mit der Abänderung des Kostenverteilungsschlüssels der Gemeinschaftsordnung sein, die den Nießbraucher berührt, den Eigentümer aber auch trifft? Probleme bereiten auch die durch Nichtanfechtung bestandskräftig gewordenen Beschlüsse, die der Verwaltung und Nutzung zuzuordnen sind und als sog. Pseudovereinbarungen in die Zukunft wirken⁴⁵. Zu Änderungen von Vereinbarungen ist der Nießbraucher sicher nicht berechtigt, oder vielleicht auch da noch? Dann kann er auch nicht zu vereinbarungsersetzenden Mehrheitsentscheidungen⁴⁶ befugt sein. Wo aber ist die Grenze zum „normalen“ Beschluß? Die Eigentümerversammlung beschließt nach § 21 WEG über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung. Alle Kostenpflichten treffen, wie ausgeführt, originär den Eigentümer. Es ist nicht ersichtlich, weshalb er dann von der Beschlußfassung ausgeschlossen werden soll. Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung enthalten auch Positionen, die mit der Verwaltung und Nutzung des Nießbrauchers nichts zu tun haben, z. B. die Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums in seiner Substanz bis hin zur modernisierenden Instandsetzung, die auch den Nießbraucher treffen kann. Überall kann die kostenmäßige Einbindung solcher Maßnahmen im Wirtschaftsplan mit Entnahme aus der Instandhaltungsrücklage oder durch Sonderumlage auftreten. Auch die Instandhaltungsrücklage als solche ist Sache des Eigentümers, anders kann es aber beim Bruttonießbrauch sein. *Frank*⁴⁷ legt die Zuführung zur Instandhaltungsrücklage dem Nießbraucher auf. Sie dient aber auch für Maßnahmen, die in die Zuständigkeit des Eigentümers fallen, was häufig erst bei der konkreten Verwendung feststellbar ist⁴⁸. Der Nießbraucher kann daher nicht zuständig sein, über Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung jeweils ganz abzustimmen⁴⁹. Oder soll nun durch den Nießbrauch eine getrennte Abstimmung über alle Einzelpositionen erforderlich werden? Man kann die Dinge aber wiederum nicht auseinanderreißen, weil das WEG eine einheitliche GesamtAbstimmung vorsieht. Wer die Verwalterbestellung nur dem Nießbraucher zuordnet, wie es das LG Mün-

chen tut⁵⁰, übersieht, daß der Verwalter auch für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Ganzes zuständig ist. Auch die Verwalterentlastung kann nicht ausschließlich Sache des Nießbrauchers sein. Wenn das HansOLG Hamburg⁵¹ meint, das WEG gebe die Orientierung, so verkennt es völlig die Einzelprobleme bei der konkreten Abgrenzung, beginnend bei der Ladung, fortgesetzt bei der Trennung der Beschlußgegenstände in der Versammlung, bei der Abstimmung und endend im Anfechtungsverfahren.

g) Zur Beschlußfähigkeit gehört auch die ordnungsgemäße *Ladung*. Eine nicht ordnungsgemäße Ladung führt zur Anfechtbarkeit. Wenn der Nießbraucher stimmberechtigt ist, muß er auch geladen werden. Der Verwalter muß dann vor jeder Versammlung das Grundbuch auf Nießbrauchrechte einsehen. Lädt er den Nießbraucher nicht, riskiert er die Anfechtbarkeit (durch den Nießbraucher, wenn der Eigentümer da war, oder durch den Eigentümer selbst, der einen willkommenen Anfechtungsgrund sucht oder eventuell vom Nießbraucher bedrängt wird). Das KG verlangt, daß neben dem Nießbraucher auch der Eigentümer zu laden ist. Warum eigentlich, wenn er gar nicht abstimmen darf? Hängt vielleicht die Beschlußfähigkeit des § 25 Abs. 3 WEG von seinem Erscheinen ab oder wird sie durch die Anwesenheit des Nießbrauchers ersetzt? Offenbar geht es um das Anfechtungsrecht des Eigentümers, das sein Stimmrechtsverbot überlagert. Eine merkwürdige Schlußfolgerung: Ungültigkeit des Beschlusses, nur weil er nicht dabei war, obwohl er nicht abstimmen konnte! Damit wird dem Nießbraucher das ihm zuvor zugestandene Stimmrecht eigentlich wieder entwertet. Das KG kommt nun auf den findigen Gedanken, dem Eigentümer das Anfechtungsrecht nur zuzugestehen, wenn die Stimme des Nießbrauchers sich auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat. Das führt zunächst dazu, daß im Protokoll sein Abstimmungsverhalten besonders vermerkt werden müßte. Würde nun ein Beschluß mit einer Stimme Mehrheit gefaßt, sei es, daß der Nießbraucher positiv oder negativ gestimmt hat, fragt es sich, warum die Ladung oder Nichtladung des Eigentümers eine Kausalitätswirkung für das Beschlußergebnis haben soll. Der so schöne Leitsatz des KG ist ein Irrweg. Die verbreitete Ansicht, daß neben dem stimmberechtigten Nießbraucher auch der Eigentümer zu laden ist, ist logisch nicht nachvollziehbar für die Beschlußgegenstände, bei denen nur der Nießbraucher stimmberechtigt sein soll. Die Anfechtbarkeit durch den Eigentümer kann nicht von seiner Zusatzladung abhängig sein. Es ist somit auch hier eine Scheinlösung, die Probleme eines gespaltenen Stimmrechts durch die Ladung beider zu lösen. Insbesondere können Meinungsverschiedenheiten zwischen Nießbraucher und Eigentümer nicht zu einem Ruhen des Stimmrechts führen, wenn nur einer stimmberechtigt ist⁵². Und wieso soll die Eigentümergemeinschaft den Bestand ihres Beschlusses, der vielleicht gar vom Nießbraucher ausgegangen ist, von einem nicht stimmberechtigten Eigentümer gefährden lassen müssen? Es sind so viele Probleme, die schon bei der Ladung ansetzen, daß auch von da ein gespaltenes Stimmrecht nicht möglich ist.

h) Eine der schwierigsten Aufgaben, bei einer Stimmrechts- teilung das Richtige zu tun, obliegt dem *Verwalter*. Er muß alle Beschlußgegenstände danach sortieren, wer stimmberechtigt ist und dies spätestens in der Eigentümerversamm-

⁴⁴ Vgl. BayObLG WE 1994, 316.

⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1995, 2035 zum Verbot der Hundehaltung.

⁴⁶ Dazu *Buck* WE 1996, 94; *Wenzel* WE 1995, 358.

⁴⁷ *Staudinger/Frank* § 1047 Rdnr. 30.

⁴⁸ Wird der einzahlende Nießbraucher dann auch am Verwaltungsvermögen in Gestalt der Instandhaltungsrücklage beteiligt? Ein diffiziles Problem, auch wegen der steuerlichen Folgen!

⁴⁹ Daher bei *Weitmaier* WEG § 25 Rdnr. 11 nur gemeinsames Stimmrecht.

⁵⁰ NJW-RR 1994, 1497.

⁵¹ WE 1988, 92.

⁵² So aber *Bärmann/Pick* § 25 Rdnr. 23. Dagegen nennt es *Bader* die Vorenthaltung des Stimmrechts des Eigentümers, PiG 25 (1988) S. 72.

lung angeben und bei den Abstimmungen genau dokumentieren, wo und wie der Nießbrauchsberechtigte und wo der Eigentümer abgestimmt hat. Allein ein Einsortierungsfehler kann zur Anfechtung führen⁵³. Dabei muß er auch rechtliche Wertungen treffen, die er dann verantworten muß. Der Verwalter ist der gesamten Eigentümergemeinschaft verpflichtet und kann nicht der Schiedsrichter oder Aufgabenverteiler zwischen Nießbraucher und Eigentümer sein. Das WEG weist ihm keine derartige Aufgabe und Verantwortung zu, und der Eigentümer kann sie ihm nicht durch eine Nießbrauchsbestellung einfach zuweisen. Der Verwalter wird durch eine Stimmrechtsteilung praktisch und rechtlich überfordert⁵⁴. *Bader* weist zutreffend darauf hin, daß eine Eigentümergemeinschaft unregierbar würde, wenn der Verwalter es neben den Eigentümern auch mit Dritten zu tun hätte⁵⁵.

5. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, daß sich das WEG nicht zur Stimmrechtsteilung nach Beschlußgegenständen eignet und durch die Bestellung eines Nießbrauchs kein Sonderrecht für den Nießbraucher durch unmittelbare Eingliederung in die Eigentümergemeinschaft entstehen kann⁵⁶. Die praktischen und rechtlichen Probleme sind unlösbar, wenn man ins Detail geht⁵⁷, und es gäbe nicht die Rechtssicherheit, die das WEG damit verbindet, daß es alle Rechte nur dem Eigentümer zuweist. An diesem Eigentümerprinzip hält gerade der BGH zunehmend fest⁵⁸. Das Nießbrauchsrecht ermöglicht es nicht und zwingt nicht dazu, den Nießbraucher originär in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer einzubinden. Der Nießbraucher ist der Eigentümergemeinschaft gegenüber rechtlich ein Dritter, ein Außenstehender. Was seine Rechte und Pflichten gegenüber dem Eigentümer anlangt, werden sie durch das zwischen ihnen bestehende gesetzliche Schuldverhältnis ausgefüllt und geprägt. Dieses verpflichtet den Eigentümer, bei der Ausübung seiner Rechte auch und vornehmlich die Interessen des Nießbrauchers zu wahren.

Bärman, der für die Stimmrechtsteilung votiert, stellt die Rechtsfrage⁵⁹, ob der Nießbraucher hinsichtlich der Tragung der Kosten in die Verpflichtung des Wohnungseigentümers nach § 16 WEG selbst eintritt oder ob er nur dem Wohnungseigentümer verpflichtet ist, beantwortet sie aber nicht. *Frank* nimmt eine Kostenpflicht nach § 16 WEG an und stützt dies auf § 1047 BGB, wonach der Nießbraucher die privatrechtlichen Lasten zu tragen hat, zu denen er auch das Wohngeld zählt⁶⁰. Möge die Kostenlast des WEG zwar auch unter § 1047 BGB fallen, so betrifft dies nur das Verhältnis Nieß-

braucher/Eigentümer⁶¹. Eine unmittelbare WEG-Wirkung gegenüber den anderen Wohnungseigentümern kann aus § 1047 BGB nicht abgeleitet werden, so wie auch § 1066 BGB nicht anwendbar ist. Er paßt von Sinn und Zweck nicht zum WEG und seinen Lastenregelungen. Die Antwort kann daher nur lauten, daß der Nießbraucher kein originärer Kostenschuldner nach § 16 WEG wird, auch nicht gesamtschuldnerisch. Alleiniger Kostenschuldner ist und bleibt der Eigentümer⁶². Bei Verzug kann sich der Verwalter nur an den Eigentümer, nicht an den Nießbraucher, halten⁶³.

6. Rechtsstellung des Nießbrauchers

Wenn der Nießbraucher kein Stimmrecht hat und auch nicht originär in die Eigentümergemeinschaft eingegliedert ist, wenn primär sein Verhältnis zum Eigentümer maßgeblich ist, dann taucht die berechtigte Frage auf, was sein Nießbrauch als dingliches Recht eigentlich wert ist und wie er verhindern kann, daß es nicht ausgehöhlt wird⁶⁴. Schließlich soll ein dingliches Recht stärker sein als ein schuldrechtliches, wie z. B. ein Mietrecht. Bei der Erörterung dieser Fragen ist zu unterscheiden zwischen der Vertikalen, dem Verhältnis Eigentümer/Nießbraucher und der Horizontalen, der Auswirkung auf die Eigentümergemeinschaft.

a) Nießbraucher – Eigentümer

Die zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehenden Rechte und Pflichten ergeben sich aus dem Gesetz und dem vereinbarten, im Grundbuch eingetragenen Inhalt. Über diese konkretisierten Inhalte hinaus besteht ein rein schuldrechtliches gesetzliches Schuldverhältnis⁶⁵ zwischen beiden, das aus dem Charakter des im Sachenrecht wirkenden Schuldverhältnisses hergeleitet wird⁶⁶. Für den Grundstückseigentümer sind Dienstbarkeiten und der zu den Dienstbarkeiten zählende Nießbrauch Duldungsrechte, die dem Begünstigten die unmittelbare Wahrnehmung seiner Rechte ermöglichen⁶⁷, die aber mit Leistungspflichten verbunden sind⁶⁸. Beim Wohnungseigentum erstrecken sich die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer auf die Wohnung als Sondereigentum als dem Kern des Nießbrauches zur alleinigen Nutzung und das Miteigentum zur Mitbenutzung. Das Begleitschuldverhältnis legt dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher WEG-spezifische Pflichten auf. Dazu sind zu zählen, jeweils immer insoweit, als der Nießbrauch berührt wird: Auskunft über Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung, Kostenbelastungen, Auskunft und Information über die Beschlüsse, über die Eigentümerversammlungen, Wahrnehmung der Interessen des Nießbrauchers in der Eigentümerver-

⁵³ *Bader* PiG 25 (1988) S. 72.

⁵⁴ *Deckert*, Die Eigentumswohnung Gruppe 5 S. 30.

⁵⁵ PiG 25 (1988) S. 72.

⁵⁶ *Seuß*, Die Eigentumswohnung 10. Aufl. S. 230.

⁵⁷ Die Problematik zeigen insbesondere auf: *Schöner* DNotZ 1975 Abschnitt E; *Weitnauer* WE 1987, 132, WEG § 25 Rdnr. 11; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl. S. 290; ausführlich *Bader* PiG 25 (1988) S. 71 ff.

⁵⁸ Siehe Fußnote 18; von daher ist es fraglich, ob der BGH an seiner Entscheidung zum Wohnrecht von 1977 (DNotZ 1978, 157) noch festhalten würde bzw. könnte.

⁵⁹ Wohnungseigentum Rdnr. 239; auch im übrigen stellt *Bärman* zum Nießbrauch eher Fragen, als daß er immer klar Antworten gibt; hatte er eventuell doch Zweifel an Lösbarkeit der Probleme des Nießbraucherstimmrechts?

⁶⁰ *Staudinger/Frank* § 1047 BGB Rdnr. 30.

⁶¹ Eine Parallele kann auch zum Dauerwohnrecht an einer Eigentumswohnung als ebenfalls dinglichem Nutzungsrecht, das in Abt. II eingetragen wird, gezogen werden. Eine Kostenhaftung des Dauerwohnberechtigten gegenüber den Miteigentümern besteht nicht; BGH MDR 1987, 474; *Spiegelberger* in *Bärman/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1996, Rdnr. F 58.

⁶² *Weitnauer* WEG § 25 Rdnr. 11, PiG 27 (1988) S. 266.

⁶³ *Seuß*, Die Eigentumswohnung, 10. Aufl. S. 230.

⁶⁴ Vgl. HansOLG Hamburg WE 1988, 92.

⁶⁵ BayObLGZ 1979, 273 m.w.N.

⁶⁶ *Staudinger/Frank* Vorbem. zu § 1030 ff., BGB Rdnr. 12 m.w.N.; *Amann* DNotZ 1989, 531: Begleitschuldverhältnis.

⁶⁷ Nutzungsrecht § 1030 BGB, Besitzrecht § 1036 BGB, Fruchtziehungsrecht § 1039 BGB. Lasten des Nießbrauchers BayObLGZ 1979, 277.

⁶⁸ Erhaltung § 1041 BGB, Versicherung § 1045 BGB, Lastentragung § 1047 BGB; dazu *Amann* DNotZ 1989, 536.

sammlung, u.U. auch Beschlufanfechtung im Interesse des Nießbrauchers, Stellung von Anträgen für Anliegen des Nießbrauchers. Die Pflicht des Eigentümers kann, insbesondere beim Bruttonießbrauch, so weit gehen, dem Nießbraucher eine Vertretungsvollmacht in der Eigentümerversammlung zu geben⁶⁹. Dazu müßte sich dann auch für alle Angelegenheiten, insbesondere zur Ladung der Eigentümerversammlung, auch eine Empfangsvollmacht gesellen, weiter eventuell auch eine Anfechtungsvollmacht.

Überhaupt ist die Erteilung einer Vollmacht des Eigentümers an den Nießbraucher das geeignete Mittel, seine Interessen zu wahren. So wird denn die Vollmachtstlösung auch weitgehend empfohlen⁷⁰. Vollmachten zur Ausübung des Stimmrechts sind allgemein zulässig⁷¹. Sie kann allerdings keine – unzulässige – verdrängende Vollmacht sein⁷². Sie kann dagegen unwiderruflich erteilt werden, wobei der Widerruf aus wichtigem Grund stets möglich ist. Eine Verpflichtung zur Vollmachterteilung kann bereits in den Vertrag zur Übergabe der Eigentumswohnung mit Vorbehaltsnießbrauch aufgenommen werden. Die Vollmacht selbst sollte nicht in den Vertrag, da dieser mit seinen weiteren Bestimmungen nicht in die Akten des Verwalters gehört. Fraglich ist, ob Vollmachtsbeschränkungen auf bestimmte Personenkreise einer solchen Vollmacht entgegenstehen. Dies ist zu verneinen. Das Recht zur Vollmachterteilung fließt aus dem Nießbrauch als dinglichem Recht und wird von Vollmachtsbeschränkungen in der Gemeinschaftsordnung nicht berührt⁷³. Überlegenswert ist es aber auch, zu dem Personenkreis, der bevollmächtigt werden kann, in der Gemeinschaftsordnung den Nießbraucher aufzunehmen.

b) Nießbraucher/Eigentümergeinschaft

Fraglich ist, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen Nießbraucher und den anderen Miteigentümern, also der Eigentümergeinschaft entstehen. Die Nießbrauchsbestimmungen des BGB regeln dieses Verhältnis nicht, das WEG sagt dazu nichts Besonderes aus⁷⁴. Da das dingliche Recht des Nießbrauchers mit dem Miteigentum auch das Gemein-

schaftseigentum und damit seine ordnungsgemäße Verwaltung erfaßt, strahlt es auch darauf aus⁷⁵, ohne sich schon zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu verdichten. Die Miteigentümer müssen kraft dinglichen Rechts dem Nießbraucher den Mitgebrauch und die Mitbenützung gewähren, so daß seine Position zur Durchsetzung seiner Rechte und zur Abwehr von Beeinträchtigungen stärker ist als die eines Mieters. Der Nießbraucher ist auch berechtigt, vom Verwalter alle Auskünfte über Beschlüsse, Kosten und Lasten zu fordern, die seine Nutzungsrechte betreffen. Die Teilnahme an der Eigentümerversammlung samt Rederecht kann ihm nicht verweigert werden, auch wenn er kein Stimmrecht hat. Eine Pflicht, ihn zu laden, besteht aber nicht. Der Verwalter darf ihn aber informieren und ihm die Tagesordnung mitteilen. An sich obliegt die diesbezügliche Information dem Eigentümer. Auch ist dem Nießbraucher das Recht zuzubilligen, sich mit Anliegen, die ihn betreffen, direkt an den Verwalter zu wenden, ohne daß er als Nichteigentümer abgewiesen werden dürfte. Im übrigen ist die Grenzziehung zwischen Eigentümer- und Nießbraucherrechten ein diffiziler Bereich, in dem aber die dingliche Rechtsposition des Nießbrauchers ihre eigene Bedeutung hat. Für Konfliktlösungen steht dem Nießbraucher das Verfahren nach § 43 WEG nicht zur Verfügung. Er ist in solchen Verfahren auch nicht Verfahrensbeizugter. Er hat aber Anspruch auf rechtliches Gehör in solchen Sachen, die seine Nießbrauchsrechte berühren, wenn er es beansprucht. Das Amtsermittlungsprinzip im WEG-Verfahren kann auch dazu führen, daß der Nießbraucher anzuhören ist.

7. Fazit

Die Betrachtung hat gezeigt, daß der Nießbraucher nicht Mitglied der Eigentümergeinschaft wird, da diese nur auf dem Eigentum beruht, und er somit kein Stimmrecht besitzt. Gleichwohl werden die Rechte des Nießbrauchers auch ohne Stimmrecht nicht ausgehöhlt, wie das HansOLG Hamburg fürchtet⁷⁶. Er hat kraft seines dinglichen Rechts sowohl gegenüber dem Eigentümer wie in der Eigentümergeinschaft eine stärkere Rechtsposition als ein nur schuldrechtlicher Nutzer. *Hanns Seuß* hat dies zutreffend so ausgedrückt: „Wegen der besonderen Bedeutung der Pflichten des Nießbrauchers scheint es aber gerechtfertigt, dem Nießbrauchsberechtigten eine besondere Stellung innerhalb der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu gewähren. Diese Stellung kann aber kein Sonderrecht begründen⁷⁷.“

⁶⁹ So *Seuß*, Die Eigentumswohnung, 10. Aufl. S. 230; *Bub*, Wohnungseigentum von A-Z, 5. Aufl. S. 309.

⁷⁰ *Seuß* a.a.O.; *Bub* a.a.O.; *Schöner* DNotZ 1975, 83 ff.; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums S. 290; *Röll*, Handbuch Rdnr. 228.

⁷¹ *Weitnauer* WEG § 25 Rdnr. 14.

⁷² *Erman/Garten* § 25 WEG Rdnr. 4.

⁷³ So zutreffend schon *Schöner* DNotZ 1975, 84; vgl. KG NJW-RR 1995, 147, wonach Vertretungsbeschränkungen nicht gegenüber durch Vormerkung gesicherte Erwerber wirken.

⁷⁴ Allerdings unterstreicht § 14 Nr. 2 WEG die Verantwortlichkeit des Eigentümers in der Eigentümergeinschaft, indem dieser den übrigen Miteigentümern gegenüber für Verhaltensweisen Dritter, denen er die Nutzung überläßt, also auch des Nießbrauchers, haftet.

⁷⁵ Entgegen *Staudinger/Frank* § 1030 BGB Rdnr. 12 keine entsprechende Anwendung der Regeln des BGB über Nießbrauch an Miteigentumsbruchteilen.

⁷⁶ WE 1988, 92

⁷⁷ Die Eigentumswohnung, 10. Aufl. S. 230.

SOLUM-STAR

Das maschinell geführte Grundbuch

Von *Walther Bredl*, Regierungsrat im Bayerischen Staatsministerium der Justiz

I. Die Grundbuchautomation – ein seit langem erstrebtes Ziel

Grundbücher werden zur Dokumentation und Offenlegung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten im Interesse des Rechtsverkehrs seit bald 100 Jahren geführt.

Schon vor Inkrafttreten der Grundbuchordnung (GBO) von 1897 gab es Register, welche die Funktion des Grundbuchs bzw. eine ähnliche Funktion erfüllten (z.B. das Hypotheken- und Grundbuch in Sachsen oder das Hypothekenbuch in Bayern). Nachdem Bestimmungen für die Grundbuchführung zunächst noch Ländersache waren, wurde im wesentlichen erst durch das „Reichsmuster“ von 1936 ein einheitliches Grundbuchformat erzielt. Durch Verordnung des Bundesministers der Justiz vom 26.6.1961 (BAnz Nr. 124) wurde es in den sog. „alten Ländern“ ermöglicht, auf das Loseblatt-Grundbuch überzugehen, das die Voraussetzungen für eine zweckmäßigere Führung und für Eintragungen mit Büromaschinen erfüllt. Durch die Möglichkeit, das Grundbuch in Loseblattform zu führen, wurde allerdings auch keine Einheitlichkeit bei der Grundbuchführung erzielt, ganz abgesehen davon, daß bei Grundbuchämtern auch noch Grundbuchblätter nach dem sog. „Reichsmuster“ vorhanden sind. In den Ländern werden heute Grundbuchblätter in Einzelheften und in Schraubbindungen angelegt. Es gibt sie im Format DIN A3 und DIN A4. Die Entwicklung eines automatisierten Verfahrens für die Grundbuchführung wird hierdurch deutlich erschwert. Außerdem läßt auch diese Form der Grundbuchführung in Anbetracht der verfügbaren technischen Möglichkeiten, insbesondere der Informations- und Kommunikationstechnik, viele Wünsche offen.

Bereits in den siebziger und anfangs der achtziger Jahre wurde an der Entwicklung eines EDV-Grundbuchs gearbeitet. Die hierfür notwendigen Änderungen der betreffenden Vorschriften lagen im Entwurf vor. Die DV-Programme waren entwickelt. Das DV-Verfahren erwies sich im Probebetrieb bei dem Amtsgericht München als geeignet. Aus wirtschaftlichen Überlegungen wurde jedoch von einer Einführung abgesehen.

II. Ziele der maschinellen Grundbuchführung

Mit der Automatisierung des Grundbuchs – der maschinellen Grundbuchführung – werden gegenüber der Automationsunterstützung beim Papiergrundbuch vor allem folgende Ziele verfolgt:

- Vereinfachung der Arbeitsabläufe innerhalb des Gerichts, und zwar hinsichtlich der Grundbuchführung ebenso wie bei den Nebenarbeiten (z.B. Herstellung von Grundpfandrechtsbriefen und Grundbuchabschriften, Kosteneinziehung usw.);
- Schnelle Auskunft über den Grundbuchinhalt für Bedienstete des Grundbuchamts wie für Bürger;
- Einsicht in das Grundbuch von Stellen außerhalb des Grundbuchamts mittels Datenfernübertragung (automatisiertes Abrufverfahren);

- Beschleunigung der Grundbucheintragungen;
- Elektronischer Rechtsverkehr (z.B. Mitteilung über vollzogene Eintragungen, Übersendung von Ausdrucken aus dem Grundbuch).

III. Rechtsgrundlage für ein maschinell geführtes Grundbuch

1992 wurde erneut ein Anlauf unternommen, den Boden für ein EDV-Grundbuch zu bereiten. Nach den notwendigen Vorarbeiten in der Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz wurde die Bundesjustizministerin in der 63. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 16./17.11.1992 gebeten, die rechtlichen Voraussetzungen für elektronische Register zu schaffen. Die weiteren Arbeiten mündeten in einem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, der zu dem Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz (RegVBG) vom 20.12.1993 (BGBl. I S. 2182) führte. Durch dieses Gesetz wurden u.a. die Vorschriften, die das Grundbuchverfahren und die Grundbuchführung regeln (GBO und GBV), um Vorschriften für die maschinelle Grundbuchführung ergänzt. Gleichzeitig wurde die Einrichtung eines sog. „automatisierten Abrufverfahrens“ zugelassen. Dieses Verfahren ermöglicht es den Teilnehmern, bei Vorliegen der rechtlichen und technischen Voraussetzungen auf dem Wege der Datenfernübertragung in das Grundbuch und in Hilfsverzeichnisse Einsicht nehmen zu können.

IV. Entwicklung von SOLUM-STAR

In der Folge des Ende 1982 beim Amtsgericht München eingestellten EDV-Grundbuchprojekts wurde in Bayern das Programmsystem für Grundbuchämter SOLUM (lat. Grund, Boden) entwickelt. Es handelt sich hierbei um ein DV-Verfahren, das die Führung des herkömmlichen Grundbuchs in Papierform automationsunterstützt. Seit Mitte der achtziger Jahre wurde dieses Verfahren sukzessive bei den bayerischen Grundbuchämtern eingeführt. Alle bayerischen Grundbuchämter, bei denen die maschinelle Grundbuchführung noch nicht eingesetzt wird, arbeiten inzwischen mit diesem Programmsystem, das eine wirkungsvolle Unterstützung bei der Erstellung der Texte für Grundbucheintragungen und bei der Grundbucheintragung selbst bietet. Grundbuchämter in elf Ländern der Bundesrepublik setzen SOLUM ein. SOLUM ist damit das am weitesten verbreitete Automationsmittel für Grundbuchämter. Es bot sich deshalb an, dieses bewährte Programmsystem als einen der tragenden Pfeiler für das zu entwickelnde Verfahren zur maschinellen Grundbuchführung zu verwenden. Gleichzeitig wurde damit der in § 64 Abs. 2 Satz 2 GBV zum Ausdruck kommende Intention des Gesetzgebers, ein vorhandenes Verfahren in die maschinelle Grundbuchführung einzubeziehen, entsprochen. Die bayerische Justiz erteilte 1993 auf der Grundlage eines Pflichtenheftes, bei dessen Erstellung das Grundbuchamt München maßgeblich mitgewirkt hat, den Auftrag, ein DV-Verfahren zur maschinellen Grundbuchführung zu entwickeln und dabei folgendes zu berücksichtigen:

- Speicherung aller vorhandenen und künftigen Grundbuchdaten auf einmal beschreibbaren Datenträgern (WORM-Platten [WORM: write once read many]) und CD-ROM (Compact-Disc, read only memory);
- Verwendung von SOLUM als Produktionssystem (Erstellung der Eintragungstexte);
- Integration einer elektronischen Unterschrift, um die Authentizität und Integrität der Grundbucheintragungen sicherzustellen;
- Realisierung des automatisierten Abrufverfahrens und von Verschlüsselungsmechanismen für die Datentübertragung;
- Realisierung eines Recherche-Systems (Flurstücks- und Eigentümerverzeichnis) für die Suche nach Grundbuchblättern, wenn zwar Name, Flurstücksnummer oder Lagebezeichnung bekannt sind, nicht jedoch die bestimmte Grundbuchstelle;
- Realisierung eines Verzeichnisses über Eintragungsanträge (sog. „Markentabelle“) als Hilfsverzeichnis im Sinne von § 12 a Abs. 1 GBO.

Durch diese Entwicklung wurde aus SOLUM nunmehr SOLUM-STAR (SOLUM-System für Textautomation, Archivierung und Recherche), ein Verfahren zur maschinellen Grundbuchführung.

Im Herbst 1994 wurde im Grundbuchamt München die Funktionsprüfung für die Version 1.0 von SOLUM-STAR durchgeführt.

V. Entwicklungsverbund SOLUM-STAR

Schon bald nach Projektbeginn haben sich der Freistaat Sachsen, das Land Sachsen-Anhalt und die Freie und Hansestadt Hamburg der Verfahrensentwicklung angeschlossen. Die vier Länder bilden einen Entwicklungsverbund. Die Länder des Entwicklungsverbunds tragen gemeinsam die Kosten der Verfahrensrealisierung. Notwendige Entscheidungen für die Fortentwicklung des Verfahrens werden unter diesen Ländern abgestimmt. Die Länder des Entwicklungsverbunds SOLUM-STAR bilden aber keinen geschlossenen Kreis. Das Verfahren kann vielmehr auch von den übrigen Ländern zur Einführung übernommen werden.

VI. Planungen für den Einsatz von SOLUM-STAR

1. Pilotierung von SOLUM-STAR

Anfang Dezember 1994 wurde damit begonnen, die Grundbuchblätter bei dem Amtsgericht München (insgesamt rd. 570 000 Grundbuchblätter mit rd. 6 Mio. Seiten) auf maschinelle Führung umzustellen. Die Umstellung wurde im März 1996 abgeschlossen. Die bei der Pilotierung gewonnenen Erfahrungen zeigten, daß SOLUM-STAR die mit der maschinellen Grundbuchführung verbundenen Erwartungen erfüllt.

2. Landesweite Einführung des Verfahrens

Beabsichtigt ist, bis zum Jahr 2001 die Grundbücher aller 104 bayerischen Grundbuchämter auf maschinelle Führung umzustellen. Dieses Ziel wird allerdings nur erreicht werden können, wenn die benötigten Finanzmittel im Haushalt zur Verfügung stehen.

Im September 1996 wurde damit begonnen, die rd. 170.000 Grundbuchblätter des Amtsgerichts Nürnberg auf maschi-

nelle Führung umzustellen. Bei dem Amtsgericht Dachau begann die Umstellung der rd. 50.000 Grundbuchblätter im Oktober 1996. Bei beiden Grundbuchämtern konnte die Umstellung inzwischen abgeschlossen werden.

Für das erste Vierteljahr 1997 ist der Beginn der Grundbuchumstellung bei den Amtsgerichten Augsburg, Bamberg und Rosenheim geplant.

Nach dem Einführungsplan für die Jahre 1997 und 1998 ist vorgesehen, bei folgenden Amtsgerichten die Detailplanung sowie die vorbereitenden Maßnahmen durchzuführen und mit der Grundbuchumstellung zu beginnen:

a) Bezirk des Oberlandesgerichts München:

Aichach, Erding, Freising, Fürstenfeldbruck, Kempten (Allgäu), Landsberg a. Lech, Landshut, Starnberg, Traunstein, Weilheim i. OB, Wolfratshausen.

b) Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg:

Amberg, Erlangen, Fürth, Hersbruck, Neumarkt i.d. OPf., Neustadt a.d. Aisch, Regensburg, Schwabach, Straubing.

c) Bezirk des Oberlandesgerichts Bamberg:

Aschaffenburg, Bayreuth, Coburg, Gemünden a. Main, Hof, Schweinfurt, Würzburg.

3. Organisatorisches Konzept für SOLUM-STAR

Die bei dem Amtsgericht München mit dem Einsatz von SOLUM-STAR gewonnenen Erfahrungen bestätigten die bereits in einem sehr frühen Stadium der Planungen berücksichtigte Annahme, daß die maschinelle Grundbuchführung besondere Anforderungen an die Verwaltung und an die Verfügbarkeit der komplexen DV-Systeme stellt. Um diese Anforderungen auch bei einer landesweiten Einführung des Verfahrens erfüllen zu können, wurde durch Verordnung über das maschinell geführte Grundbuch vom 14.6.1996 (GVBl. S. 242) die Zentrale Grundbuchspeicherstelle für Bayern (ZGBS) errichtet. Aufgabe der ZGBS ist es, im Auftrag des nach § 1 GBO zuständigen Amtsgerichts die für die maschinelle Grundbuchführung erforderliche Datenverarbeitung durchzuführen. Sie wird dabei für alle bayerischen Grundbuchämter tätig, die ihre Grundbücher maschinell führen. Eine Änderung der Gerichtsorganisation ist damit allerdings nicht verbunden. Die Amtsgerichte bleiben wie bisher für die Erledigung der Grundbucheintragungen zuständig. Der elektronische Grundbuchspeicher befindet sich jedoch nicht in den Räumen der Grundbuchämter, sondern zentral für alle Amtsgerichte in der ZGBS.

Bei Eingang eines Eintragungsantrags wird dieser in der sog. „Markentabelle“ (vgl. Nr. VIII.3) erfaßt. Die Daten der maschinell geführten Grundbuchblätter, die von Eintragungen in der „Markentabelle“ betroffen sind, werden in der Regel über Nacht von der ZGBS zum Grundbuchamt übertragen. Am Folgetag kann der zuständige Rechtspfleger das Grundbuchblatt auf seinem Bildschirm aufrufen. In eiligen Fällen können die Daten über die betreffenden Grundbuchblätter auch sofort abgerufen werden.

Die Datenübertragung zwischen den Grundbuchämtern und der ZGBS wird über das besonders gesicherte SOLUM-STAR-Netz abgewickelt, das ausschließlich von diesen Stellen genutzt wird.

Zur Erhöhung der Sicherheit werden die Daten vor der Übertragung verschlüsselt. Über eine digitale Signatur werden Authentizität und Integrität der Daten geprüft.

SOLUM-STAR ist eines der Projekte von „BAYERN ONLINE“, einem Konzept der Bayerischen Staatsregierung. Die Leitungsverbindungen werden innerhalb des SOLUM-STAR-Netzes bedarfsabhängig bereitgestellt (S₀-Wahl- oder -Festverbindungen, S₂M-Verbindung mit 30 logischen Kanälen, 2 Mbit-Festverbindung). Bei einem Ausfall der Primärcitungen werden automatisch Back-up-Leitungen geschaltet.

4. Verfahrenseinführung in den übrigen Ländern des Entwicklungsverbunds SOLUM-STAR

Sachsen und Sachsen-Anhalt haben im August 1995 ebenfalls in Grundbuchämtern den Betrieb mit SOLUM-STAR aufgenommen. Hamburg folgte im September 1996. Dabei werden landesspezifische Besonderheiten wie z.B. unterschiedliche Grundbuchformate berücksichtigt. Die sächsische Justiz beabsichtigt, das maschinell geführte Grundbuch im wesentlichen durch Neufassung (§ 69 GBV), eine Art erleichterte Umschreibung, bei der sich z.B. die Grundbuchstelle (Grundbuchbezirk, Nummer des Grundbuchblatts) nicht ändert, anzulegen. Von Bedeutung ist hierfür, daß die Grundbuchbestände in den sog. „neuen Ländern“ vergleichsweise erheblich geringer sind als in den übrigen Ländern, was auf die untergeordnete Bedeutung des Grundbuchwesens zu DDR-Zeiten zurückzuführen ist. Bei dieser Art der Anlegung des maschinell geführten Grundbuchs müssen die Daten relativ arbeitsaufwendig über Tastatur erfaßt werden. Teilweise können bereits auf Datenträgern gespeicherte Daten verwendet werden. Der Vorteil besteht bei den mit diesem Verfahren angelegten Grundbüchern vor allem darin, daß codierte Daten mit einem geringeren Speicherbedarf als bei den im Wege des Scannens (vgl. Nr. VIII.1) erzeugten Daten entstehen.

VII. Die Technik für SOLUM-STAR

SOLUM-STAR ist eine Client-Server-Lösung. Als Server werden bei den Grundbuchämtern und in der ZGBS UNIX-basierte RISC-Rechner eingesetzt. Als Basis-Software werden SINIX 5.4x und INFORMIX 7.1 verwendet. Die in der ZGBS installierten RM600-Rechner werden Mitte 1997 durch ein sog. „Hot-stand-by-System“ auf der Basis mehrerer RM-Rechner abgelöst. Dieses System wird so konfiguriert sein, daß beim Ausfall eines Rechners dessen Aufgaben automatisch von anderen in das Gesamtsystem eingebundene Einheiten übernommen werden. Auf diesen Rechnern werden neben der obengenannten Basis-Software auch noch FMWORM 3.x und ARCIS 2.x eingesetzt.

Die bei der Umstellung der Grundbücher des Amtsgerichts München angefallenen Daten sind auf 12"-WORM-Platten gespeichert und auf drei „Jukeboxen“ verteilt. Die Grundbücher aller anderen bayerischen Grundbuchämter werden auf 5 1/4"-CD-ROM gespeichert, die sich ebenfalls in „Jukeboxen“ befinden.

Die Speicherung von Neueintragungen, Veränderungen und Löschungen ab dem Zeitpunkt der Grundbuchumstellung auf maschinelle Führung wird einheitlich auf 12"-WORM Platten in Einzelaufwerken durchgeführt.

Dieses Konzept der Datenhaltung hat den erheblichen organisatorischen Vorteil, daß für die gemäß § 66 Abs. 2 Satz 2 GBV notwendige tägliche Aktualisierung der Sicherungskopien für die maschinell geführten Grundbuchblätter lediglich die verhältnismäßig wenigen WORM-Platten in den Einzelaufwerken herangezogen werden müssen, weil die auf WORM-Platten und CD-ROM in den „Jukeboxen“ gespeicherten

Datenbestände nicht verändert werden. Die geplante künftige Konfiguration der EDV-Anlagen der ZGBS sowie der Anschluß der Grundbuchumstellungszentren und der Grundbuchämter sind aus der als Anhang beigefügten Skizze „Gesamtübersicht ZGBS“ ersichtlich.

Bei den Grundbuchämtern sind die Client-PC mit dem dort installierten dezentralen Server über LAN (Local Area Network) verbunden. Für die Clients werden derzeit PC mit i586-Prozessor und angeschlossenem grafikfähigem 21"-Monitor (Auflösung: 1600 x 1200) verwendet. Die PC werden mit Windows 95 betrieben.

VIII. Funktionen von SOLUM-STAR

1. Anlegung des maschinell geführten Grundbuchs

Aufgrund des erheblichen Grundbuchbestandes (in Bayern insgesamt rd. 5 Mio. Grundbuchblätter im Rechtssinne mit einem Umfang von über 50 Mio. Seiten) ist in Bayern die Anlegung des maschinell geführten Grundbuchs durch Umstellung unter Einsatz von Scannern geplant.

Eine Anlegung des maschinell geführten Grundbuchs durch Neufassung oder gar Umschreibung brächte einen Aufwand von vielen hundert Mannjahren mit sich. Das Projekt wäre so unwirtschaftlich. Hinzu kommt, daß die Verarbeitung, Speicherung und Übertragung hoher Datenmengen aufgrund der immer leistungsfähigeren DV-Systeme und schnelleren Leitungen kein Problem mehr sind und das Datenvolumen an Bedeutung verliert. Darüber hinaus kann das beim Scannen erzeugte Datenvolumen durch den Einsatz von Komprimierungsverfahren stark reduziert werden.

Um den Erfassungsaufwand für die rd. 5 Mio. Grundbuchblätter (über 50 Mio. Seiten) der bayerischen Grundbuchämter in vertretbaren Grenzen halten zu können, werden leistungsfähige Scanner eingesetzt, die pro Minute je Gerät rd. 40 Seiten für die Speicherung auf CD-ROM aufnehmen. Gescannt wird beidseitig in einem Arbeitsgang. Das Programm bietet durch integrierte Zeichenerkennungsverfahren (OCR: optical character recognition) eine wirkungsvolle Unterstützung bei der Vollständigkeitskontrolle sowie beim Aufbau der Datenbank (Indexierung). Jedem Grundbuchblatt wird ein Vorblatt vorgeordnet, das die Grundbuchblattnummer in OCR-lesbarer Form enthält. Die Erfassungs-Software erkennt diese Nummer und vergleicht sie mit den auf den einzelnen Seiten des betreffenden Grundbuchblatts verzeichneten Grundbuchblattnummern. Daneben erkennt die Erfassungs-Software die einzelnen Abteilungen des Grundbuchblatts, und zwar sowohl als Vorderseite als auch als Rückseite. Durch ein besonderes Modul wird ferner für jede Seite das Ende der Eintragungen lokalisiert. Die Koordinaten werden gespeichert. Auf diese Weise kann SOLUM-STAR bei späteren Eintragungen auf den gespeicherten Grundbuchblättern automatisch die richtige Positionierung vornehmen, obwohl die gescannten Daten nicht codiert sind. Von allen Datenträgern, auf denen maschinell geführte Grundbücher gespeichert sind, werden zwei Sicherungskopien erstellt und außerhalb der ZGBS aufbewahrt.

Für die Umstellung der Grundbücher auf maschinelle Führung mittels Scannern wurden bei den Amtsgerichten Augsburg und Nürnberg Grundbuchumstellungszentren eingerichtet. In diesen Grundbuchumstellungszentren werden auch die Grundbücher der benachbarten Grundbuchämter umgestellt. Hierdurch wird eine höhere Effizienz bei der Grundbuchumstellung erzielt, weil die betreffenden Bedien-

steten der Grundbuchumstellungszentren für längere Zeit dort eingesetzt werden können und deshalb routiniert sind. Außerdem entfallen die mit einem Umzug der DV-Geräte verbundenen Ausfallzeiten sowie der zusätzliche Transport- und Installationsaufwand. Weitere Grundbuchumstellungszentren werden noch im ersten Vierteljahr 1997 in Bamberg und München eingerichtet.

2. Neueintragungen und Veränderungen

Mit dem integrierten Programmsystem SOLUM werden Neueintragungen und Veränderungen im maschinell geführten Grundbuch vorgenommen. Der Rechtspfleger bzw. Urkundsbeamte kann hierbei das betreffende Grundbuchblatt auf der linken Bildschirmhälfte zur Anzeige aufrufen. In einem „Fenster“ werden in der rechten Bildschirmhälfte die erforderlichen Eintragungen mit SOLUM generiert. Der aktuelle Grundbuchstand und die neue Eintragung sind somit im Blickfeld. Vor der endgültigen Freigabe und Speicherung neuer Eintragungen wird der im rechten „SOLUM-Fenster“ generierte Text per Funktionstaste in das linke „SOLUM-STAR-Fenster“ montiert. Für Masseneintragungen (sog. „Serieneintragungen“) steht ein vereinfachtes Verfahren zur Verfügung. Solange der Auftrag zur Speicherung vom Rechtspfleger nicht erteilt ist, sind diese „Eintragungsentwürfe“, die im übrigen für andere Einsichtnehmer nicht abrufbar sind, weil sie noch keine Wirksamkeit entfaltet haben, andersfarbig dargestellt. Diese „Eintragungsentwürfe“ werden auch nicht in den Grundbuchspeicher aufgenommen. Bei umfangreichen Eintragungsfällen können die Eintragungsentwürfe über mehrere Tage hinweg im DV-System gespeichert bleiben und stehen dem Rechtspfleger jederzeit für die endgültige, rechtlich bedeutsame Speicherung zur Verfügung. Die endgültige Speicherung der Eintragung im maschinellen Grundbuchspeicher wird dem Rechtspfleger bzw. Urkundsbeamten durch eine optische Rückmeldung bestätigt. Die Eintragungen werden durch eine elektronische Unterschrift (vgl. § 75 GBV) geschützt. Die elektronische Unterschrift ist mit dem herkömmlichen Namenszug als Unterschrift nicht vergleichbar. Die elektronische Unterschrift, im Sprachgebrauch auch als „digitale Signatur“ bezeichnet, wird in einem automatisierten kryptographischen Verfahren textabhängig und unterzeichnerabhängig hergestellt.

Für die im „RSA-Verfahren“ (nach den Erfindern Rivest, Shamir, Adleman) erzeugte elektronische Unterschrift werden mehrere Informationen verarbeitet; so z.B. die Benutzerkennung des Rechtspflegers, der Tag der Eintragung, der Eintragungstext, ein ausschließlich dem betreffenden Rechtspfleger zugeteilter und nur diesem zugänglicher elektronischer Schlüssel usw. Die elektronische Unterschrift wird im Anschluß an die betreffende Grundbucheintragung abgespeichert. Sie tritt bei der Anzeige des Grundbuchblatts optisch nicht in Erscheinung. Durch ein besonderes Prüfverfahren kann jede einzelne elektronische Unterschrift und damit die Authentizität und Integrität der Grundbucheintragung überprüft werden.

Die bisherige handschriftliche Unterzeichnung entfällt beim maschinell geführten Grundbuch. Der Name des Rechtspflegers wird zusammen mit der Eintragung gespeichert und ist bei der Anzeige oder beim Ausdruck des Grundbuchblattes unter dem Eintragungstext sichtbar.

Bei dem Verfahren SOLUM-STAR wird die digitale Signatur auch noch in anderer Weise genutzt: Bei jeder Grundbucheintragung wird die elektronische Unterschrift nicht nur bei der jeweiligen Eintragung angebracht, sondern es wird

darüber hinaus zusätzlich das gesamte Grundbuchblatt mit einer digitalen Signatur „versiegelt“.

Die Länder des Entwicklungsverbundes SOLUM-STAR betreiben derzeit die Weiterentwicklung des Produktionssystems. Mit dem voraussichtlich noch im ersten Halbjahr 1997 für den Echtbetrieb verfügbaren Produktionssystem werden beachtliche Verfahrensoptimierungen verbunden sein. Bei diesem Verfahren, das seit Sommer 1996 bei dem Amtsgericht Dachau pilotiert wird, kann das sog. „Fallwissen“ in jeder Lage der Bearbeitung genutzt werden. Damit können z.B. Stammdaten (Beteiligendaten) strukturiert für die Folgebearbeitung (z.B. Kostenrechnung, Vollzugsmittteilung, Berichtigung des AGLB [Automatisiertes Grundbuch- und Liegenschaftsbuchverfahren]) verwendet werden. Ferner sind in das künftige Produktionssystem auch Geschäftsfunktionen integriert (z.B. Wiedervorlagenverwaltung, Verwaltung von Grundpfandrechtsbriefen usw.).

3. Die Markentabelle

Diese SOLUM-STAR-Funktion gibt grundbuchblattbezogen Auskunft über Eintragungsanträge, die dem Grundbuchamt vorliegen und noch in Bearbeitung sind. Es handelt sich um ein Hilfsverzeichnis im Sinne von § 12 a Abs. 1 GBO. Folgende Informationen stehen zur Verfügung:

- Name des Antragstellers;
- Urkundenummer bzw. Aktenzeichen des Antragstellers;
- Eingangsdatum des Antrags;
- zuständiger Rechtspfleger;
- Status des Vorgangs im Geschäftslauf;
- Informationen über Zugriffssperren (wenn z.B. aktuell ein Gesamtrecht bei mehreren Grundbuchblättern gespeichert wird).

Sobald der betreffende Eintragungsantrag erledigt ist, wird der Eintrag in der Markentabelle gelöscht.

4. Das Flurstücks- und Eigentümerverzeichnis (F&E)

Falls die Grundbuchstelle (Grundbuchbezirk, Grundbuchblatt) nicht bekannt ist, kann mit der SOLUM-STAR-Funktion „Flurstücks- und Eigentümerverzeichnis“ mit dem Namen des Eigentümers oder mit flurstücksbezogenen Angaben (Flurstücksnummer, Lagebezeichnung) recherchiert werden.

Die Daten für dieses Suchverzeichnis werden aus dem AGLB-Verfahren übernommen, das die bayerische Justiz und die bayerische Vermessungsverwaltung in einer effizienten ressortübergreifenden Zusammenarbeit für den gegenseitigen elektronischen Datenaustausch einsetzen. Die sächsische und thüringische Justiz setzen dieses Verfahren ebenfalls ein. Im übrigen stellt SOLUM-STAR eine Schnittstelle zur Verfügung, die eine Datenübernahme auch aus anderen Datenbanken ermöglicht.

Auch bei dieser Funktion handelt es sich um ein Hilfsverzeichnis im Sinne von § 12a Abs. 1 GBO.

5. Grundbucheinsicht im Grundbuchamt

In den Räumen des Grundbuchamts wird die Grundbucheinsicht über grafikfähige Monitore durchgeführt. Der Inhalt der Grundbuchblätter wird auf den Monitoren seitenweise angezeigt. In bestimmten Fällen wird das Grundbuchamt die Grundbucheinsicht auch durch Einsicht in einen Ausdruck des Grundbuchblattes gewähren.

6. Ausdrucke

Anstelle der bisherigen Abschrift oder beglaubigten Abschrift des Grundbuchs wird beim maschinell geführten Grundbuch ein Ausdruck bzw. ein amtlicher Ausdruck erteilt. Der Ausdruck weist, wie bisher die Abschrift, den Inhalt des Grundbuchs aus. Zusätzlich wird beim Ausdruck das Datum der letzten Änderung in dem betreffenden maschinell geführten Grundbuch in einer Informationszeile angegeben (Aktualitätshinweis im Sinne von § 78 Abs. 3 GBV). Der amtliche Ausdruck wird mit einem Abdruck des Dienstsiegels versehen. Ausdruck und amtlicher Ausdruck werden nicht unterschrieben. Für den amtlichen Ausdruck wird Papier mit farbigem Hintergrunddruck verwendet, um Kopien vom Original unterscheiden zu können. Die Ausdrucke und amtlichen Ausdrucke werden grundsätzlich in der ZGBS erstellt und dort versandt. In Ausnahmefällen (z.B. bei persönlicher Antragstellung) wird der Ausdruck oder amtliche Ausdruck im Grundbuchamt erstellt.

7. Elektronischer Rechtsverkehr

In der Realisierung befindet sich derzeit eine Verfahrensfunktion, die eine elektronische Übermittlung von Ausdrucke über Telefax unterstützt, falls dies vom Antragsteller gewünscht wird und die notwendige Sicherheit hinsichtlich der Empfangsstelle vorliegt. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist allerdings auf „einfache“ Ausdrucke beschränkt (vgl. § 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 GBV).

Im Zusammenhang mit dem Einsatz des weiterentwickelten Produktionssystems ist geplant, auch Eintragungsmittelungen künftig soweit möglich elektronisch zu übermitteln. Das dürfte sich vor allem bei solchen Empfängern anbieten, die zum automatisierten Abrufverfahren zugelassen sind und schon im Hinblick auf dieses Verfahren über die notwendigen technischen Einrichtungen (z. B. ISDN-Anschluß, PC) verfügen. Die Machbarkeit der elektronischen Übermittlung von Eintragungsmittelungen wurde in einem gemeinsamen Pilotprojekt der Bundesnotarkammer mit den Landesjustizverwaltungen Sachsen und Bayern nachgewiesen. Die Zulässigkeit dieser Form der Eintragungsbekanntmachung ist in § 42 Satz 3 GBV geregelt.

IX. Das automatisierte Abrufverfahren

1. Funktionen

Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, können bestimmte Einsichtnehmer, z.B. solche, die aus beruflichen Gründen besonders häufig Einsicht nehmen müssen, zum automatisierten Abrufverfahren zugelassen werden. In SOLUM-STAR sind insoweit folgende Funktionen realisiert:

- Anzeige der maschinell geführten Grundbuchblätter;
- Herstellung eines Abdrucks (§ 80 Satz 1 GBV);
- Suche in der Marktabelle;
- Suche im Flurstücks- und Eigentümerverzeichnis (F&E) nach der benötigten Grundbuchstelle;
- Seriendruck (listenmäßige Erfassung aller zur Einsicht gewünschten Grundbuchblätter).

Über die ZGBS erhalten die Teilnehmer am automatisierten Abrufverfahren im zulässigen Umfang Zugang zu den maschinell geführten Grundbuchblättern sämtlicher Grundbuchämter, deren Grundbücher auf maschinelle Führung umgestellt sind.

Für die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren werden besondere systemtechnische Berechtigungen vergeben und vom Programm geprüft. Bereits an der Schnittstelle zum öffentlichen Netz der Telekom wird durch einen Router geprüft, ob der Teilnehmer über eine zugelassene Netzadresse und ISDN-Nummer verfügt, andernfalls wird er noch vor der sog. „Login-Prozedur“ abgewiesen. In die Tabelle der zugelassenen Netzadressen wird nur eingetragen, wer zur Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren aufgrund Bescheids oder sonstiger Zulassung (vgl. § 133 Abs. 2 GBO, § 81 Abs. 1 GBV) berechtigt ist. Sämtliche Datenabrufe werden im System mit folgenden Merkmalen protokolliert:

- Datum, Uhrzeit;
- Abfragende Stelle;
- Gegenstand des Abrufs (Grundbucheinsicht, Hilfsverzeichnisse);
- Betroffenes Grundbuchblatt und Grundbuchbezirk;
- Aktenzeichen des internen Vorgangs des Einsichtnehmers, aufgrund dessen die Einsicht veranlaßt ist.

Beim eingeschränkten automatisierten Abrufverfahren, also in Fällen, in denen das berechtigte Interesse an der Grundbucheinsicht dargelegt werden muß, ist gemäß § 133 Abs. 4 Satz 3 GBO, § 82 Abs. 2 Satz 1 GBV die Übermittlung eines Codezeichens erforderlich, das die Berechtigung des einzelnen Abrufs bezeichnet (z.B. Zustimmung des eingetragenen Eigentümers für den Einzelfall); auch dieses wird protokolliert.

Die Teilnehmer am automatisierten Abrufverfahren bilden einen geschlossenen Benutzerkreis innerhalb des ISDN-Dienstes.

2. Rechtliche und organisatorische Voraussetzungen des automatisierten Abrufverfahrens

Am automatisierten Abrufverfahren kann teilnehmen, wer hierfür zugelassen ist. Die in § 133 Abs. 2 Satz 3 GBO genannten Voraussetzungen müssen erfüllt sein. Die Zuständigkeit für die Erteilung der Zulassung zur Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren wurde mit Verordnung vom 14.6.1996 (GVBl. S. 242) ab 1.1.1997 der Präsidentin des Oberlandesgerichts München übertragen. Dort ist der Antrag auf Zulassung einzureichen. Die Zulassung wird mit Nebenbestimmungen (Auflagen) erteilt. Ein Antragsformular ist bei der entscheidenden Stelle erhältlich.

Mit Gerichten und Behörden wird bei Bedarf eine Vereinbarung über die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren geschlossen.

3. Technische Voraussetzungen für die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren

Für die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren ist ein ISDN-Anschluß erforderlich. Voraussetzung für die Zulassung ist, daß durch die Organisationsabläufe und die technische Ausstattung bei der abrufenden Stelle ein sicherer Verfahrenseinsatz gewährleistet ist. Nach Antragstellung und vor Zulassung zum automatisierten Abrufverfahren wird das funktionsfähige Zusammenwirken aller Komponenten in einem Testbetrieb geprüft. Mit der Zulassung erhält der Teilnehmer ein nicht ausschließliches und nicht übertragbares Recht zur Nutzung des Programms für das automatisierte Abrufverfahren (ohne Basissoftware). Hinsichtlich der technischen Voraussetzungen sind verschiedene Varianten möglich, je nachdem welcher Komfort und welche Leistungs-

fähigkeit erwartet werden. Das Abrufverfahren basiert beim Teilnehmer auf PC-Technik. Die für die Zulassung zum Verfahren zuständige Stelle hält für die Teilnahmeinteressenten eine Liste bereit, in der die technische Ausstattung der bisher zum Verfahren zugelassenen Teilnehmer verzeichnet ist.

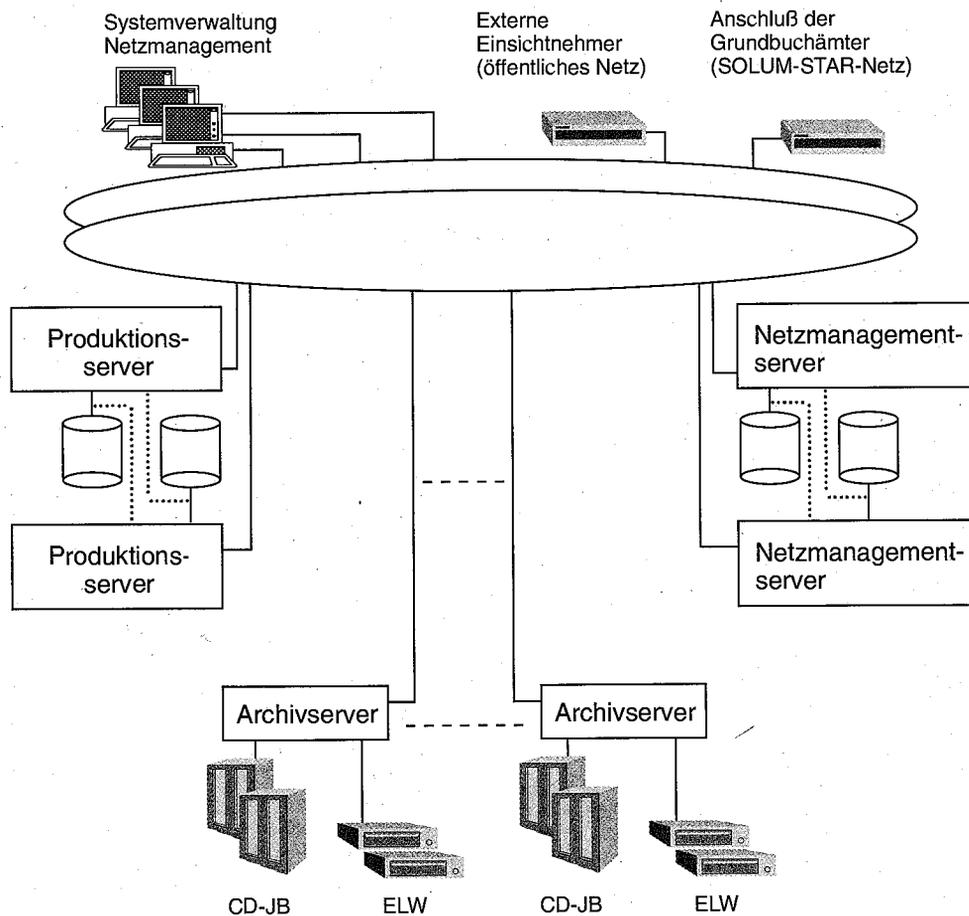
4. Gebühren für die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren

Die bei einer Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren zu entrichtenden Gebühren wurden durch die Verordnung über Grundbuchabrufverfahrengebühren vom 30.11.1994 (BGBl. I S. 3580/3585) wie folgt festgelegt:

| | |
|--|------------|
| Gebühr für die Zulassung zum Verfahren (Einrichtungsgebühr; Einmalgebühr) | 1 000,- DM |
| Monatliche Grundgebühr | 100,- DM |
| Abrufgebühren | |
| – Grundbuch | |
| – erstmaliger Abruf in einer Angelegenheit | 10,- DM |
| – Folgeabrufe innerhalb von 6 Monaten in derselben Angelegenheit (je Folgeabruf) | 5,- DM |
| – Markentabelle (je Suchvorgang) | 5,- DM |
| – Flurstücks- und Eigentümerverzeichnis (je Suchvorgang) | 5,- DM. |

Gesamtübersicht ZGBS

- Zentralrechner (Hochverfügbar) mit
- Netz-/Administrationsrechner (Hochverfügbar) und mit abgesetzten
- Archivservern für die CD-ROM-Jukeboxen (CD-JB) / Einzelaufwerke (ELW)



Hinweis: Vgl. zu diesem Thema auch den Beitrag von *Oberseider*, in diesem Heft S. 88.

Notarielle Vertragsgestaltung und Steuern

Von Notar Dr. Norbert Mayer, Pfarrkirchen¹

A. Einleitung

Das Thema des heutigen Vortrags „notarielle Vertragsgestaltung und Steuer“ hätte man wohl noch vor 20 bis 30 Jahren als Antinomie begriffen, die keinerlei vertiefter Überlegungen bedarf. Im Mittelpunkt stand die Wahl einer „sicheren“ zivilrechtlichen Gestaltung durch den Notar. Diese durfte nicht durch wirtschaftliche bzw. steuerliche Überlegungen beeinflusst werden. Diese These kann jedenfalls für den sozusagen privaten Bereich aufgestellt werden. Auch insoweit, d. h. soweit die notariell zu beurkundenden Rechtsgeschäfte eines „durchschnittlichen“ Privatbürgers betroffen sind, muß die These jedoch aufgrund der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung der letzten Jahre stark relativiert werden.

Augenfällige Beispiele für die Interdependenzen zwischen notarieller Tätigkeit und steuerlichen Maßgaben sind etwa die regelmäßig zum Jahresende ins Haus stehenden Gesetzesänderungen, die die Beteiligten oftmals in blinden Aktionismus verfallen lassen und bei den Notaren für erhöhten Arbeitsanfall sorgen². Zu nennen wären hier etwa das Auslaufen der Einheitsbewertung für Grundbesitz zum 31.12.1995, das Schlagwort Wettbewerbsverbot und verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht oder etwa die Herabsetzung bzw. Erhöhung von Abschreibungssätzen³. Diese Negativerscheinungen bedürfen hier keiner vertieften Erörterung, da sie regelmäßig nur vorübergehender Natur sind. Dargestellt werden sollen dagegen dauernde Wechselwirkungen steuerlicher Art⁴, auch wenn der Begriff dauerhaft im Zusammenhang mit der steuerlichen Rechtsentwicklung für viele befremdend klingen mag.

B. Steuerliche Einflüsse auf die notarielle Vertragsgestaltung, dargestellt anhand exemplarischer Fälle

Lassen Sie mich zunächst anhand typischer Fälle die Schnittbereiche zwischen zivilrechtlicher Gestaltung und steuerlichen Überlegungen aufzeigen und sodann hieraus einige Folgerungen für die notarielle Berufsausübung ziehen. Die Beispiele sind bewußt aus dem Bereich des steuerlichen „Privatvermögens“ gewählt, da im betrieblichen Bereich die Vorgefährlichkeit steuerlicher Überlegungen auf zivilrechtliche Gestaltungen wohl keines gesonderten Hinweises bedarf und im übrigen gezeigt werden soll, daß steuerliche Kautelen auch den „Durchschnittsbürger“ betreffen.

¹ Festvortrag, gehalten anlässlich der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e.V. am 19.10.1996 in Weiden; die Vortragsform würde im wesentlichen beibehalten. Auf zwischenzeitlich eingetretene Gesetzesänderungen wird in den Fußnoten hingewiesen.

² Vgl. hierzu etwa Wolfsteiner in: Festschrift 75 Jahre Reichsfinanzhof – Bundesfinanzhof, 1993, S. 483.

³ Zu weiteren Beispielen vgl. Wolfsteiner, a.a.O.

⁴ Vgl. aus der Literatur etwa (ausführlich) Spiegelberger in: Beck'sches Notarhandbuch, Teil E.

I. Grundstückskaufverträge

Für den Alltagsfall des Erwerbs einer Immobilie zur Selbstnutzung sei hier auf eine Gefahrenquelle hingewiesen, die aus der Inkongruenz von zivilrechtlich-wirtschaftlichen Überlegungen und steuerlichen Vorgaben resultiert. Beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrages entspricht es typischerweise den rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen beider Parteien⁵, den Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten an die vollständige Kaufpreiszahlung zu knüpfen. Einerseits hat der Käufer hiermit seiner vertraglichen Hauptpflicht Genüge getan, so daß ihm billigerweise der Besitz an der erworbenen Immobilie einzuräumen ist. Andererseits hat der Verkäufer die Gegenleistung erhalten und soll nun im Sinne einer synallagmatischen Abwicklung dem Käufer (jedenfalls) den Besitz einräumen und darüberhinaus sich der Verpflichtung zur Lastentragung entledigen können.

Beim Erwerb einer Immobilie zur Selbstnutzung gegen Jahresende wird diese anerkannte, zivilrechtlich wie wirtschaftlich gleichermaßen sinnvolle Überlegung indes durch steuerliche Regelungen überlagert. Nach der Neuregelung der Wohnungseigentumsförderung durch das Eigenheimzulagengesetz, das an die Stelle des bisherigen § 10 e EStG getreten ist, ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Eigenheimzulage sowohl die Anschaffung (bzw. Herstellung) im steuerlichen Sinn, d. h. – zivilrechtlich gesprochen – der Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten als auch kumulativ die Nutzung durch den Anspruchsberechtigten⁶. Ist daher absehbar, daß der Erwerber erst im neuen Jahr das Objekt bezieht, so geht, wenn Besitz, Nutzen und Lasten noch im alten Jahr übergehen, ein Jahr des Förderzeitraums verloren. Plastisch wird diese Problematik mit dem Begriff „Neujahrtsfalle“ umschrieben⁷. In Anbetracht der Höhe der Förderung⁸ wird dies für die Beteiligten regelmäßig eine erhebliche Einbuße darstellen. Kautelarjuristisch läßt sich die für den Käufer nachteilige Folge etwa durch eine Regelung vermeiden, wonach Besitz, Nutzen und Lasten mit Kaufpreiszahlung, nicht jedoch vor dem 1. Januar des Folgejahres übergehen – freilich mit der mißlichen Konsequenz für den Verkäufer, daß dieser noch weiterhin die Lasten tragen muß.

II. Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge

Vermögensübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfreuen sich ungebrochener Beliebtheit. Die Gründe hierfür sind zahlreich. Zu nennen sind – für den Grundstücks-

⁵ Vgl. allgemein zur synallagmatischen Abwicklung von Verträgen etwa Kanzleiter DNotZ 1996, S. 244.

⁶ Vgl. die Regelung in §§ 3, 4 EigZulG.

⁷ Diese – rechtspolitisch unsinnige – Regelung besteht also auch nach dem EigZulG fort, vgl. §§ 3, 4 EigZulG sowie Stephan, DB 1996, 242; Meyer/Handzik, DStR 1996, Beihefter zu Heft 5, S. 7.

⁸ Der Fördergrundbetrag beträgt bei Neubauwohnungen 5% der Bemessungsgrundlage, höchstens DM 5.000, bei Altbauwohnungen 2,5% der Bemessungsgrundlage, höchstens DM 2.500,-; die Förderung ist – anders als früher nach § 10 e EStG – progressionsunabhängig, jedoch an die Einhaltung bestimmter Einkunftsgrenzen geknüpft.

bereich – insbesondere die bis Ende 1995 geltenden niedrigen Einheitswerte, aber auch sonstige zivilrechtliche, wirtschaftliche und steuerliche Überlegungen, auf die an dieser Stelle nicht allgemein eingegangen werden kann⁹.

Die Einflußnahme von steuerlichen Determinanten auf die Wahl der konkreten Übertragungsform sei hier an der Übertragung eines vermieteten Mehrfamilienhauses sowie der Übertragung gegen Vereinbarung eines Mietvertrages und einer dauernden Last dargestellt.

1. Übertragung eines vermieteten Mehrfamilienhauses

Angenommen, der Mietertrag des Objekts, dessen Verkehrswert mit 3 Millionen angesetzt wird, betrage DM 150.000,-. Will der Übergeber sich den Ertrag des Objekts vorbehalten, so denkt der zivilrechtlich geschulte Jurist in erster Linie an die Vereinbarung eines Vorbehaltsnießbrauchs¹⁰. Zivilrechtlich ebensogut läßt sich die Absicherung des Übergebers durch die Vereinbarung einer Leibrente bewerkstelligen, die im Grundbuch durch eine Reallast abgesichert wird. Zivilrechtlich (und auch wirtschaftlich) besteht der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Lösungen darin, daß der Nießbraucher im Sinne des Mietrechts Vermieter bleibt¹¹ und sich somit weiterhin den mitunter wenig erfreulichen Auseinandersetzungen mit einer Vielzahl von Mietern ausgesetzt sieht. Demgegenüber bietet die Vereinbarung einer Leibrente den Vorteil, daß die Realisierbarkeit der Mietzahlungen und vertragliche Abwicklung der Mietverträge dem Übernehmer obliegt und der Übergeber nur noch in vertraglichen Beziehungen zum Übernehmer steht. Zivilrechtlich wesentlich ist weiter, daß nach der Auffassung des BGH¹² die Vereinbarung eines Vorbehaltsnießbrauchs die Zehnjahresfrist für die Pflichtteilsergänzung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB nicht in Lauf setzt, wohingegen bei der Vereinbarung einer Leibrente hieran kein Zweifel besteht. Nur angemerkt sei an dieser Stelle, daß gerade die unterschiedliche Behandlung dieser beiden gleichgelagerten Fälle die Richtigkeit dieser Auffassung als zweifelhaft erscheinen läßt¹³.

Diese zivilrechtlichen Kriterien werden nun zusätzlich durch einkommensteuerliche und schenkungsteuerliche Kriterien überlagert.

In einkommensteuerlicher Sicht führt der Nießbrauch zunächst dazu, daß die Einkünfte wie bisher beim Übergeber zu versteuern sind. Wird im konkreten Fall ein Nießbrauch vereinbart, so ist weiter die zivilrechtliche Vorgabe in § 1047 BGB zu beachten. Danach obliegen dem Nießbraucher, der im steuerlichen Sinne Einkünfte erzielt und somit auch Aufwendungen als Werbungskosten geltend machen kann, nur die ordentlichen Aufwendungen. Die außerordentlichen privaten und öffentlichen Lasten treffen dagegen den Eigentümer, der mangels Einkünfteerzielung diese steuerlich nicht geltend machen kann. Um die steuerliche Abzugsfähigkeit dieser außerordentlichen Aufwendungen zu erhalten, wird hiervon bei vermieteten Objekten oft Abweichendes zu vereinbaren sein (freilich um den Preis, daß der Übergeber auch nach der Übergabe noch die außerordentlichen Aufwendungen zu tragen hat).

⁹ Vgl. hierzu etwa statt aller Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994, passim.

¹⁰ Vgl. hierzu etwa Spiegelberger ZEV 1994, 214, und MittBayNot 1995, 104.

¹¹ Vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 55. Aufl. Rdnr. 4 zu § 1030.

¹² BGH MittBayNot 1994, 340.

¹³ Vgl. hierzu N. Mayer, ZEV 1994, 325 ff. und FamRZ 1994, 739 ff.

Wird hingegen eine Leibrente vereinbart, so liegt – auf die Einzelheiten der steuerlichen Abgrenzung kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden¹⁴ – im Regelfall eine Übertragung gegen eine Versorgungsrente vor¹⁵ mit dem wirtschaftlich gravierenden Unterschied, daß der Übergeber nicht den vollen Betrag der Leibrente zu versteuern hat, sondern nur den sogenannten Ertragsanteil¹⁶. Dieser hängt von dem bei Beginn der Rente vollendeten Lebensjahr des Rentenberechtigten ab, und liegt bei den in der Praxis vorherrschenden Fällen, d.h. bei einem Lebensalter des Übergebers zwischen 55 und 70 Jahren, zwischen 38 und 21%. Ist der Übergeber in unserem Beispiel z.B. 62 Jahre alt, so erhält er als Leibrente einen Betrag von DM 150.000,-, versteuert hiervon jedoch nur 30% – beim Nießbrauch wäre dagegen der Betrag zu 100% zu versteuern. Die Vereinbarung einer Leibrente bietet somit dem Übergeber die Möglichkeit, einen erheblichen Teil der unverändert weiter bezogenen Einkünfte steuerfrei zu beziehen. Freilich ist darauf hinzuweisen, daß umgekehrt der Übernehmer im Sinne des „Korrespondenzprinzips“ auch nur den Ertragsanteil als Sonderausgaben abziehen kann (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG) und den übrigen Teil zu versteuern hat. Hinzuweisen ist auch darauf, daß bei Vereinbarung einer „dauernden Last“ im steuerlichen Sinne, was regelmäßig bei der Vereinbarung der Abänderbarkeit nach § 323 ZPO anzunehmen ist¹⁷, der geschilderte wirtschaftliche Vorteil entfällt, da sodann – wie bisher – beim Übergeber der volle Betrag zu versteuern ist, wie umgekehrt der volle Betrag beim Übernehmer als Sonderausgabe abzugsfähig ist.

Schließlich weist auch die schenkungsteuerliche Behandlung von Nießbrauch und Leibrente Unterschiede auf. Beim Nießbrauch erfolgt nach der (rechtspolitisch umstrittenen) Regelung in § 25 ErbStG die Besteuerung ohne Berücksichtigung des Nießbrauchs. Die Steuer, die auf den Kapitalwert des Nießbrauchs entfällt, kann nur gestundet werden. Demgegenüber wird die Leibrente (und auch die dauernde Last) als Gegenleistung im schenkungsteuerlichen Sinne anerkannt¹⁸, was im Ergebnis – zusätzlich zu der bislang ohnehin niedrigen Einheitsbewertung – zu einer weiteren Herabschleusung dieser Einheitswerte führte. An dieser unterschiedlichen Behandlung wird sich auch durch die Neuregelung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes nichts ändern. Vgl. hierzu nunmehr die Neuregelungen im Jahressteuergesetz 1997, BGBl 1996 I, S. 2049 ff.

Vorstehendes Beispiel belegt, wie im Einzelfall die Wahl zwischen verschiedenen Varianten durch steuerliche Überlegungen beeinflußt werden kann.

2. Übertragung einer selbstgenutzten Immobilie gegen Vereinbarung eines Mietvertrages und einer dauernden Last

Auch bei der Übertragung von durch den Übergeber selbst genutzten Immobilien spielen steuerliche Überlegungen mitunter eine maßgebliche Rolle.

¹⁴ Vgl. Schmidt/Heinicke, 65 zu § 10 („Gegenleistung“), 70 zu § 22 m.w.N. und nunmehr BFM-Schreiben vom 23.12.1996 (IV B 3–S2257–54/96), BStBl. I, S. 1508 = MittBayNot 1997, 56.

¹⁵ Vgl. hierzu Schmidt/Heinicke, EStG, 41, 101 ff. zu § 22.

¹⁶ Vgl. die Tabelle in § 22 EStG.

¹⁷ Vgl. Schmidt/Heinicke, EStG, 25 ff. zu § 22 m.w.N.

¹⁸ Vgl. zur Berechnungsmethode im einzelnen gemeinsamer Ländererlaß vom 9.11.1989 (BStBl. I 1989, 445) und vom 6.12.1993 (BStBl. I 1993, 1002); Meincke, ErbStG, 10. Aufl. 33 ff., 41 zu § 7; zur Kritik vgl. etwa Kopp/Oltmanns DB 1989, 2351.

Die „klassische“ zivilrechtliche Absicherung für das Nutzungsrecht des Übergebers an der von ihm selbst bewohnten Immobilie sind der Nießbrauch bzw. die Vereinbarung eines Wohnungsrechts.

Aufgrund des Wegfalls der Nutzungswertbesteuerung durch die mit dem Wohnungseigentumsförderungsgesetz eingeführte „Privatgutlösung“ können während der Nutzung durch den Übergeber Werbungskosten nicht mehr geltend gemacht werden¹⁹. Als unbefriedigend wird dies insbesondere dann empfunden, wenn erhebliche Reparaturen durchzuführen sind. Diese können – so die steuerliche Grundüberlegung – vom Übernehmer dann geltend gemacht werden, wenn er das Immobilienobjekt zur Einkünfteerzielung nützt. Aus diesem Grunde wird daher zusammen mit der Übergabe ein Mietvertrag zwischen Übergeber und Übernehmer vereinbart. Damit der Übergeber nicht einseitig mit den Mietzahlungen belastet ist, wird zur Kompensation eine Leibrente – regelmäßig in der Form einer „dauernden Last“ im steuerlichen Sinne²⁰ – vereinbart, die wiederum der Übernehmer als Sonderausgaben geltend machen kann, deren Erträge dem Übergeber zur Bestreitung der Mietzahlungen dienen.

Im Ergebnis handelt es sich um eine Konstruktion, die – von der Problematik der steuerlichen Anerkennung abgesehen²¹ – von den Beteiligten oftmals nur schwer nachvollziehbar und in die Praxis umsetzbar ist und insbesondere für den Übergeber zivilrechtliche Risiken gegenüber der klassischen Absicherung in der Form eines Nießbrauchs oder eines Wohnungsrechts in sich birgt. Zu denken ist insbesondere²² an den hinter einem dinglichen Nutzungsrecht zurückbleibenden Bestandsschutz des Mietvertrages (vgl. etwa die Kündigungsmöglichkeit nach § 57 a ZVG im Zwangsversteigerungsfall), das Risiko der Pfändung der dauernden Last beim begünstigten Veräußerer, sowie die Gefahr des „Auseinanderlaufens“ beider Rechtsverhältnisse (Mietvertrag bzw. dauernder Last).

III. Erbrechtliche Gestaltungsvarianten unter dem Einfluß der neueren Rechtsprechung des BFH zur Behandlung der Erbauseinandersetzung

Steuerliche Überlegungen spielen schließlich auch in dem vermeintlich privaten Bereich der Ehe- und Erbverträge bzw. Testamente eine gravierende Rolle. Begründet liegt dies zum einen in der steuerlichen Behandlung der Erbauseinandersetzung, die sich in jüngster Zeit grundlegend geändert hat²³ und deren geänderte Vorgaben bereits bei der Testamentgestaltung ihre gebührende Beachtung fordern, zum anderen in den bisherigen Bewertungsunterschieden bezüglich der Bewertung von Grundbesitz und sonstigem Vermögen. Auch nach Wegfall der bisherigen, verfassungswidrigen Einheitsbewertung wird wohl nach den derzeit vorliegenden Gesetzesentwürfen²⁴ ein erheblicher Unterschied zwischen der Bewertung von Immobilienbesitz und sonstigem Vermögen

bestehen bleiben. Zur Erläuterung möge folgendes Beispiel dienen.

Beispiel: Witwe W hat ein von ihr bewohntes Einfamilienhaus (Verkehrswert: 2 Mio DM; 1,4facher Einheitswert DM 250.000). Sie möchte dieses Haus per Testament ihrer Tochter vermachen, jedoch auch einem entfernten Verwandten (Steuerklasse IV nach bisherigem Recht), der sich um sie gekümmert hat, DM 200.000 zuwenden. Bargeld in dieser Höhe ist nicht vorhanden.

Für jeden zivilrechtlich geschulten Juristen kommt hier wohl nur eine Lösung in Betracht, wonach die Tochter als Alleinerbin eingesetzt wird und der Verwandte ein entsprechendes Geldvermächtnis erhalten soll. In *schenkungsteuerlicher* Sicht führt dies dazu, daß die Alleinerbin von dem steuerlichen Wert des Nachlasses (DM 250.000) die Vermächtnisverbindlichkeit (DM 200.000) abziehen kann und der verbleibende Betrag von DM 50.000 aufgrund des ihr zustehenden Freibetrages nicht zu versteuern ist. Demgegenüber hat der Vermächtnisnehmer (Steuerklasse IV) das Geldvermächtnis in voller Höhe zu versteuern. Der Freibetrag beträgt nur DM 3.000, der darüber hinausgehende Betrag ist hier mit 30% zu versteuern. Insgesamt beträgt die Erbschaftsteuer fast DM 60.000. Dem Vermächtnisnehmer verbleiben von seinem Vermächtnis nach Abzug der Steuern nur noch DM 140.000.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BFH zur Erbauseinandersetzung wäre es dagegen – was zivilrechtlich sicherlich abwegig erscheint – zu überlegen, die Tochter und den Verwandten zu Miterben zu $\frac{9}{10}$ bzw. $\frac{1}{10}$ einzusetzen. Hiermit zu verbinden wäre ein Übernahmerecht der Tochter bzgl. des Hauses bzw. eine Teilungsanordnung, wonach sich die Miterben in der Weise auseinanderzusetzen haben, daß die Tochter gegen Zahlung von DM 200.000 das Einfamilienhaus übernehmen soll.

Erbschaftsteuerlich hätte dies die gravierende Konsequenz, daß der niedrige Einheitswert beiden Beteiligten zugutekommt, da Teilungsanordnungen nach der – derzeitigen – Auffassung des BFH²⁵ nicht berücksichtigt werden. Beide Beteiligten haben somit insgesamt einen erbschaftsteuerlichen Wert von DM 250.000 zu versteuern. Für die Tochter, auf die hiervon $\frac{9}{10}$ entfallen, folgt hieraus eine Steuerlast von ca. DM 6.750 für den Verwandten von nur noch ca. DM 4.400. Insgesamt vermindert sich die Erbschaftsteuer um fast DM 50.000. Dem Verwandten verbleiben nunmehr ca. DM 195.000 (gegenüber nur DM 140.000), wohingegen die Tochter nur eine Minderung von ca. DM 4.400 hinnehmen muß.

Zur vorstehend geschilderten unterschiedlichen Behandlung in erbschaftsteuerlicher Sicht kommt noch ein gravierender *einkommensteuerlicher* Punkt hinzu. Bei der ersten Lösung (Erbeinsetzung mit Vermächtnis) liegt ein einkommensteuerlich unentgeltlicher Erwerb vor, d. h. es entstehen keine Anschaffungskosten. Der Erbe führt die bisherige AfA fort. Soweit zur Finanzierung des Vermächtnisses ein Darlehen aufgenommen werden muß, können die hierfür aufgewendeten Zinsen nach Aufgabe der sog. Sekundärfolgenrechtsprechung durch den BFH²⁶ nicht mehr als Werbungskosten geltend ge-

²⁵ BFH, BStBl. II 1983, 329; ebenso bereits RFH, RStBl. 1937, 6; a.A. jedoch zwischenzeitlich BFH, BStBl. II 1977, 640.

²⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung des BFH, BStBl. II 1993, BStBl. II 1993, 434, BStBl. II 1993, 751, 275, BStBl. II 1994, 619, BStBl. II 1994, 625; vgl. im übrigen zur Entwicklung und zur Kritik Schmidt/Drenseck, EStG 9 ff. zu § 9; Schmidt, FR 93, 683.

¹⁹ Vgl. Spiegelberger, DNotZ 1988, 214.

²⁰ Vgl. zu dieser Entscheidung bereits oben Ziff. 1 sowie die Nachweise in Fußnote.

²¹ Vgl. hierzu etwa Fleischer, DStR 1994, 1726; Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rdnr. 348 ff.

²² Vgl. hierzu etwa Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rdnr. 353 ff.

²³ Vgl. BFH, BStBl. II 1990, 837 und hierzu BMF – Schreiben vom 11.01.1993, BStBl. I 1993, 62; für das Privatvermögen wurde die sog. Einheitsbewertung bereits früher aufgegeben, vgl. z.B. BFH, BStBl. II 1988, 250.

²⁴ Vgl. etwa Weinmann, ZEV 1996, 173; Geck, MittBayNot 1996, 245; 1997, 1, 2 und nunmehr die Neuregelungen im Jahressteuergesetz 1997 (BGBl. 1996 I, S. 2049 ff.).

macht werden. Demgegenüber liegt bei der zweiten Lösung (Erbeinsetzung mit Teilungsanordnung) einkommensteuerlich ein entgeltlicher Erwerb vor, die Abfindungszahlung stellt Anschaffungskosten dar; etwaige Zinsaufwendungen zur Finanzierung derselben können als Werbungskosten geltend gemacht werden.

Auch wenn vorstehende Berechnungen auf der Grundlage des „alten“ ErbStG durchgeführt wurden, bleibt die unterschiedliche Behandlung im Grundsatz auch zukünftig bestehen, da die anstehende Reform des ErbStG sich im wesentlichen auf eine Reform der Bewertungsansätze beschränken wird und die unterschiedliche Bewertung von Grundbesitz einerseits und sonstigem Vermögen andererseits beibehalten wird und zum anderen die steuerlich unterschiedliche Behandlung der einzelnen Verfügungen von Todes wegen durch den BFH hiervon unberührt bleibt.

Im Ergebnis wird man sich gleichwohl davor hüten müssen, aus ausschließlich steuerlichen Überlegungen eine Variante zu bevorzugen²⁷. Die „zivilrechtliche Lösung“, d. h. die Lösung 1 ist einfacher, für die Beteiligten besser nachvollziehbar und erspart sonst anfallende „Transaktionskosten“ (z. B. Erbauseinandersetzung mitsamt den hiermit verbundenen Problemen in tatsächlicher Sicht; Gebühren für die Auseinandersetzung bei Notar, Grundbuchamt usw.).

IV. Wahl des Güterstands und erbschaftsteuerliche Überlegungen

Steuerliche Überlegungen spielen zu guter Letzt sogar in den höchstpersönlichen Bereich von Eheverträgen hinein. So ist die Gütertrennung gegenüber der Zugewinnngemeinschaft nicht nur in zahlreichen Fällen zivilrechtlich nachteilig, sondern grundsätzlich (jedenfalls potentiell) auch steuerlich.

Zivilrechtlich geht die Wahl der Gütertrennung mit einer Änderung der Erb- und damit Pflichtteilsquoten einher²⁸. Bestand Gütertrennung und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder vorhanden, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind gemäß § 1931 Abs. 4 BGB zu gleichen Teilen. Demgegenüber erbt der überlebende Ehegatte bei Zugewinnngemeinschaft nach der sog. erbrechtlichen Lösung (§ 1371 Abs. 1 BGB) zur Hälfte, und zwar unabhängig von der Zahl der vorhandenen Kinder²⁹. Da die Pflichtteilsquote mit der Erbquote korreliert, kann so die Gütertrennung zu höheren Pflichtteilsansprüchen der Kinder führen. In dem in der Praxis häufigen Fall einer Ehe mit zwei Kindern beträgt die Pflichtteilsquote der Kinder bei Zugewinnngemeinschaft für beide Kinder insgesamt nur 1/4, bei Gütertrennung dagegen 1/3.

In *erbschaftsteuerlicher* Sicht besteht der Vorteil der Zugewinnngemeinschaft darin, daß die Zugewinnausgleichsforderung – bei Wahl der pauschalen erbrechtlichen Lösung in der fiktiven Höhe, wie sie sich nach den Bestimmungen des BGB ergeben würde³⁰ – steuerfrei bleibt (vgl. § 5 Abs. 1, 2 ErbStG). In der Praxis spielt diese Überlegung sowohl beim erst-

maligen Abschluß eines Ehevertrages eine Rolle, noch mehr aber bei der späteren Änderung in Form des Wechsels von der Gütertrennung zur Zugewinnngemeinschaft. Ein solcher Wechsel, der insbesondere bei älteren Ehegatten anlässlich der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen wegen der pauschalen Erhöhung des Ehegattenerbrechts sinnvoll ist, kann zivilrechtlich zwar nicht mit quasi dinglicher Wirkung vereinbart werden³¹ – also mit der Wirkung, daß etwaige Verfügungen und Vertragsabschlüsse im Sinne der §§ 1365 ff. BGB nunmehr der Genehmigung des Ehegatten bedürften –, jedoch kann eine „rückwirkende“³² Vereinbarung jedenfalls – quasi schuldrechtlich – in der Weise erfolgen, daß für die Berechnung des Zugewinns das Anfangsvermögen bei Eheschließung, also nicht bei Abschluß des Vertrages zugrundegelegt wird.

Die steuerliche Anerkennung dieser rückwirkenden Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft ist ein Beleg für die Schnellebigkeit des Steuerrechts und damit letztlich auch für die Fragwürdigkeit einer steuerlich orientierten Vertragsgestaltung. Der BFH³³ erkannte unter ausdrücklicher Betonung der bürgerlich-rechtlichen Gestaltungsfreiheit die Maßgeblichkeit der Rückwirkung auch in erbschaftsteuerlicher Sicht an. Die Finanzverwaltung reagierte auf dieses Urteil mit einem Nichtanwendungserlaß³⁴. Da dieser den Grundsätzen des vorgenannten Urteils widersprach, war es nur eine Frage der Zeit, bis in der Angelegenheit wiederum der BFH das letzte Wort hatte. Mit Urteil vom 12. Mai 1993³⁵ bekräftigte der BFH erneut seine Auffassung aus dem Jahre 1989. Dies führte schließlich dazu, daß sich der Gesetzgeber zu einer Änderung des § 5 Abs. 1 ErbStG berufen fühlte. Nach der Neuregelung gilt als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes der Tag des Vertragsabschlusses. Hierdurch wurden die Gestaltungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt; eine Rückwirkung bringt erbschaftsteuerlich nur noch in Ausnahmefällen Vorteile³⁶.

Im Ergebnis haben sich somit die pflichtteilsberechtigten Kinder mit der Kürzung ihrer Pflichtteilsansprüche durch die Gestaltungsmöglichkeit der Ehegatten abzufinden. Für fiskalische Interessen ist dagegen die Höhe der (bei Wahl der erbrechtlichen Lösung nur fiktiven!) Ausgleichsforderung mit all den hiermit verbundenen Zuordnungs- und Bewertungsproblemen zu ermitteln. Diese Divergenz zwischen der zivilrechtlichen Pauschallösung zu Lasten der pflichtteilsberechtigten und der ausschließlich an fiskalischen Interessen orientierten steuerlichen Lösung ist rechtspolitisch fragwürdig³⁷.

³¹ Streitig ist dagegen, ob auch ein Zeitpunkt vor der Eheschließung für die Berechnung des Anfangsvermögens herangezogen werden kann, vgl. hierzu etwa *Staudinger/Thiele*, BGB, Rdnr. 39 zu § 1374.

³² M. E. ist bereits der Begriff der „Rückwirkung“ unglücklich gewählt, da mit der rückwirkenden Vereinbarung nicht etwa eine schon bestehende oder durch den Ehevertrag entstehende Forderung geändert wird, sondern nur die Berechnungsgrundlagen für eine erst zukünftig entstehende Forderung festgelegt werden. Dies ergibt sich aus § 1378 Abs. 3 BGB, wonach die Ausgleichsforderung erst mit Beendigung des Güterstandes entsteht.

³³ BStBl. 1989 II, 897.

³⁴ BStBl. 1989 I, 429.

³⁵ DNotI-Report 5/1993, 7.

³⁶ Vgl. zu den verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten etwa *Piltz*, ZEV 1995, 330; *Ebeling* BB 1994, 1185, jeweils m.w.N.

³⁷ Vgl. etwa *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, 9. Auflage, S. 1020; *Moench*, DStR 1989, 345; *Meincke*, FamRZ 1983, 14.

²⁷ Auch *Wolfsteiner*, a.a.O., S. 488, rät davon ab, steuerliche Überlegungen in den Vordergrund zu stellen.

²⁸ Allgemein zu den Auswirkungen von Eheverträgen auf Pflichtteilsansprüche *Wegmann*, ZEV 1996, 201.

²⁹ Daneben kann im Einzelfall auch die Wahl der güterrechtlichen Lösung (§ 1371 Abs. 2, 3 BGB) dem überlebenden Ehegatten ein weiterreichendes Erbrecht und damit den Kindern eine Einschränkung der Pflichtteilsansprüche gewähren.

³⁰ Vgl. zu Einzelheiten nachfolgend im Text.

C. Ergebnisse und Konsequenzen

Versucht man, aus den wenigen geschilderten Beispielen Schlußfolgerungen zu abstrahieren, so gilt es zunächst festzustellen, daß wirtschaftliche und steuerliche Überlegungen in nahezu allen notariellen Tätigkeitsgebieten eine Rolle spielen und die Bedeutung dieser Faktoren sicherlich in den vergangenen Jahren zugenommen hat. Diese Feststellung mag für den gewerblichen Bereich und den Bereich der entgeltlichen Grundstücksgeschäfte banal klingen, ist jedoch für das weite Feld der unentgeltlichen Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder für ehe- und erbrechtliche Verträge alles andere als selbstverständlich.

Versucht man die steuerlichen Einflußnahmen zu klassifizieren, so können zunächst Fälle unterschieden werden, in denen einzelne Kautelen innerhalb des Vertrages von steuerlicher Relevanz sind³⁸. Schwerwiegender sind jedoch die Fälle, in denen steuerliche Faktoren die Auswahl zwischen mehreren Vertragstypen beeinflussen, wobei die steuerlichen Auswirkungen die zivilrechtlichen Vorteilhaftigkeitsüberlegungen entweder verstärken oder diesen entgegenlaufen können. Weiter könnten die steuerlichen Determinanten auch danach unterschieden werden, ob sie nur einen Beteiligten oder beide Vertragspartner tangieren. In der wohl überwiegenden Zahl der Fälle dürften die steuerlichen Faktoren wohl „janusköpfig“ sein, d. h. der Vorteil eines Beteiligten wirkt sich unmittelbar zum Nachteil des anderen Beteiligten aus (vgl. etwa das Beispiel zum Besitzübergang im Grundstückskaufvertrag). Die sog. ökonomische Analyse des Rechts, eine aus den USA stammende und in Deutschland wohl noch spärlich verbreitete Teildisziplin der Rechtswissenschaft wird sich diesen Einflüssen des Steuerrechts auf zivilrechtliche Gestaltungen in Zukunft wohl verstärkt widmen.

Fragt man nach den Gründen für die zunehmende Bedeutung von steuerlich-wirtschaftlichen Faktoren auf die zivilrechtliche Vertragsgestaltung, so ist hierfür wohl die allgemeine gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung zu nennen. In Zeiten, in denen das Ausmaß der Abgaben- und Steuerlast ungeahnte Höhen erreicht und die Grenzen dieser Belastung das Maß des verfassungsrechtlichen Zulässigen erreicht haben und dementsprechend die Grenzen dieser Belastung zunehmend durch das Bundesverfassungsgericht ausgelotet werden müssen, nimmt zwangsläufig die Sensibilität der Bürger für die wirtschaftlichen Implikationen von notariellen Verträgen zu. So wurde z. B. die Übergabe von Privatvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge mit Sicherheit in früheren Zeiten nicht als Mittel zur Erzielung von steuerlichen Vorteilen angesehen bzw. mißbraucht.

Versucht man diese Entwicklung zu bewerten, so kann das Urteil nur zwiespältig ausfallen. Es mag für die Beteiligten als nur legitim erscheinen, die steuerlichen Konsequenzen mit in ihre Überlegungen einzubeziehen. Gleichwohl: der Grundsatz „tu nie etwas der Steuer wegen“ muß gerade in Zeiten verlockend hoher Abschreibungsmöglichkeiten und kritischer Immobilienmärkte immer wieder in Erinnerung gerufen werden. Manch Bauherrenmodellgeschädigter oder Immobilienfondbesitzer kann ein Lied hiervon singen. Die Fragwürdigkeit einer zu starken Betonung steuerlicher Überlegungen folgt auch daraus, daß – der Ausdruck sei gestattet – auf die mitunter kapriolenhaft anmutende Rechtsentwicklung im steuerlichen Bereich kein Verlaß ist. In Abwandlung des bekannten Aphorismus' von *Otto Mayer* könnte man formulieren

³⁸ Vgl. etwa das Beispiel zum Grundstückskaufvertrag.

„Steuerrecht vergeht, Zivilrecht besteht“. Auch ein Vertrauensschutz bzgl. des Fortbestehens steuerlicher Regelungen besteht insoweit nicht uneingeschränkt. Im Grundsatz ist nach wie vor das Zivilrecht für das Steuerrecht maßgeblich. Ähnlich wie im Verhältnis Handelsbilanz und Steuerbilanz der Grundsatz der „umgekehrten Maßgeblichkeit“ dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz wohl mindestens ebenbürtig ist, droht das Ausmaß der wirtschaftlich-steuerlichen Folgen diese für die Wahl und Ausgestaltung der zivilrechtlichen Rechtsinstitute vorgefährlich werden zu lassen.

Welche Folgerungen sind nun aus der beschriebenen Rechtsentwicklung für die notarielle Tätigkeit zu ziehen?

Auch wenn man ein gesteigertes Problembewußtsein für steuerliche Fragen auf notarieller Seite durchaus begrüßenswert hält, sollte uns allen doch daran gelegen sein, dem Zivilrecht den ihm gebührenden Vorrang bei der Vertragsgestaltung einzuräumen. So genießt etwa die Absicherung des Übergebers bei einer vorweggenommenen Erbfolge absolute Priorität gegenüber allen steuerlich-wirtschaftlichen Überlegungen des Übernehmers. Notarielle Vertragsgestaltung einerseits und Wirtschafts- bzw. Steuerberatung andererseits weisen – an dieser Tatsache führt kein Weg vorbei – zahlreiche Berührungspunkte bzw. Interdependenzen auf. Im Zweifelsfall gebührt jedoch der zivilrechtlich sicheren Gestaltung der absolute Vorrang. Der Notar kann und darf nicht zum Wirtschaftsberater der Beteiligten werden. Wer freilich in der Erwartung tatsächlicher oder auch nur vermeintlicher Steuervorteile ein zivilrechtliches Risiko eingehen mag, soll dies nach reiflicher Überlegung auch tun können. Ihm kann im Falle des Falles nur der alte Grundsatz „volenti non fit iniuria“ einen schwachen Trost spenden.

Vorstehende Leitlinien entsprechen – was uneingeschränkt zu begrüßen ist – auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁹. Danach ist der Notar im Rahmen des § 17 BeurkG nicht zur Belehrung und Beratung in steuerlichen Fragen verpflichtet, es sei denn, daß die Beteiligten hierauf besonderen Wert legen und der Notar insoweit die Gestaltung bzw. Beratung übernimmt. Unberührt hiervon bleiben selbstverständlich Anzeigepflichten gegenüber dem Finanzamt sowie Hinweispflichten gegenüber den Beteiligten auf die grundsätzliche Steuerpflicht. Eine Aufweichung dieser Leitlinie durch die Rechtsprechung wäre auch nicht zu begrüßen. Eine Verpflichtung zur Erteilung von janusköpfigen steuerlichen Hinweisen, die einem Beteiligten zum Vorteil, dem anderen zum Nachteil gereichen, brächte den Notar in unlösbare Konflikte mit seiner Eigenschaft als eine zur Neutralität verpflichtete Amtsperson. Wie schmal dieser Grat ist, belegt gerade der bislang anerkannte Ausnahmefall einer steuerlichen Haftung des Notars, nämlich des unterbliebenen Hinweises auf eine Einkommensteuerpflicht bei Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes. Nach Auffassung des BGH⁴⁰ muß der Notar auf die Einkommensteuerpflicht eines Spekulationsgeschäftes hinweisen,

³⁹ Vgl. zuletzt etwa BGH, DSrR 1995, 1596; BGH, DNotZ 1985, 635; DNotZ 1979, 228; DNotZ 1980, 563; vgl. zuletzt etwa OLG Frankfurt/M., DNotZ 1996, 589; auch die Literatur vertritt fast ausnahmslos diesen Standpunkt, vgl. etwa *Haug*, DNotZ 1972, 478, *Spiegelberger*, DNotZ 1988, 210; vgl. im übrigen etwa *Wagner*, DSrR 1995, 807, und die Nachweise bei *Haug*, die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 559.

⁴⁰ WM 1981, 942, WM 1988, 1853 m. Anm. *Reithmann*; vgl. zuletzt (klarstellend) BGH, DSrR 1995, 1596 (hiernach ist der Notar nicht zu einer Ermittlung von steuerrechtlich relevanten Fragen verpflichtet).

wenn er vor oder während der Beurkundung eines Kaufvertrages davon Kenntnis erhält, daß der Verkäufer das Grundstück vor weniger als zwei Jahren erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen. Die Crux dieser Rechtsprechung, die bislang ein Ausnahmefall geblieben ist, rührt daher, daß sich aus der Sicht des Verkäufers ein Spekulationsgeschäft (leicht) vermeiden läßt, insbesondere durch bloße Abgabe eines Kaufangebots durch den Käufer und Annahme dieses Angebots durch den Verkäufer nach Ablauf der Spekulationsfrist. Für den Käufer hat dies freilich den gravierenden Nachteil, daß der Verkäufer nicht gebunden ist. Wieso der Notar zu diesem steuerlichen Hinweis und damit der Bevorzugung der wirtschaftlichen Interessen des Verkäufers unter Hintanstellung des Kaufinteresses des Käufers verpflichtet sein soll, läßt sich materiell nur schwer begründen.

Auch die bereits erwähnten Anzeigepflichten des Notars gegenüber dem Finanzamt belegen, daß der Notar nicht etwa steuerlicher Ratgeber der oder gar nur eines Beteiligten ist bzw. sein darf, sondern der Staat mit der Einschaltung eines Notars auch übergeordnete Zwecke verfolgt. So sollen die Anzeigepflichten (insbesondere § 18 GrEStG, § 34 ErbStG, § 54 EStDV) nicht nur den Hinweis an die Beteiligten über die mögliche Steuerpflicht, sondern auch die vollständige und ordnungsgemäße Erhebung der Steuern sicherstellen.

Von aktueller Bedeutung ist die neu eingefügte Anzeigepflicht gemäß § 54 EStDV. Danach haben die Notare dem Betriebsfinanzamt Abschriften der Urkunden zu übersenden, die die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von Kapitalgesellschaften oder die Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand haben⁴¹. Mit dieser Bestimmung soll der Finanzverwaltung die Erhebung anfallender Steuern, etwa nach § 17 EStG oder dem UmwStG ermöglicht werden.

Die Brisanz der Bestimmung rührt nicht zuletzt daher, daß gerade in diesem Bereich zahlreiche Beurkundungen im Ausland erfolgen – wohl nicht zuletzt um dem deutschen Fiskus zu entgehen. Bei der kontroversen Diskussion um die Anerkennung solcher ausländischer Urkunden⁴² sollten auch diese legitimen Interessen des Fiskus ihre Berücksichtigung finden.

Hinzuweisen ist auch noch auf einen bislang nicht erwähnten Aspekt des komplexen Bereiches Vertragsgestaltung und Steuer. In vielen Fällen wird die gesetzlich erforderliche Zuziehung eines Notars von der „Steuersparbranche“ wegen der hiermit verbundenen Beratung, Belehrung oder auch nur schlicht wegen der hiermit verbundenen äußerlichen Umstände (Vereinbarung eines Termins, Gang zum Notar usw.) als Hindernis auf dem Weg zur Steuerersparnis empfunden. Dieser Bereich berührt weniger die notarielle Vertragsgestaltung im eigentlichen Sinne, weshalb erst an dieser Stelle ein jedoch unabdingbarer Hinweis hierauf erfolgen kann. Zu denken ist etwa an die 934,00 DM-Modelle oder an die nach der deutschen Wiedervereinigung blühenden Immobilienfonds in den neuen Ländern, deren Beurkundungsbedürftigkeit höchstrichterlich noch nicht bis ins letzte Detail geklärt ist⁴³.

⁴¹ Eine ähnliche Anzeigepflicht bestand früher während der Geltungsdauer des Kapitalverkehrsteuergesetzes, das durch das Finanzmarktförderungsgesetz 1991 ausgelaufen ist.

⁴² Vgl. hierzu statt aller *Goette* DStR 1996, 709 mit umfangreichen Nachweisen aus der Literatur und Rechtsprechung, und zuletzt etwa LG Augsburg, MittBayNot 1996, 318.

⁴³ Vgl. hierzu etwa jüngst BGH, Urteil vom 13.02.1996, DStR 1996, 678 sowie Schreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 11.03.1992; Schreiben der Rheinischen Notarkammer vom 10.03.1994.

Die Beispiele zeigen, daß die Problematik eher im Bereich zweifelhafter Steuersparmodelle als im Bereich seriöser Steuerberatung anzusiedeln ist. Untrennbar damit verbunden sind Aspekte des Verbraucherschutzes. Die Verpflichtung zur notariellen Beurkundung erfüllt hier einen ihrer genuinen Zwecke, nämlich die Beteiligten auf die Bedeutung des Geschäfts hinzuweisen und diese vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen zu schützen. Der Beurkundungszwang und die hiermit verbundenen „Unannehmlichkeiten“ wie Terminvereinbarung, Gang zum Notar etc. haben eine ungleich größere präventive Wirkung gegen unüberlegte Vertragsschlüsse als etwa die bloße gesetzliche Verankerung eines Widerrufsrechts bei ansonsten privatschriftlich geschlossenen und damit wirksamen Verträgen.

Die Beurkundungspflicht und damit die Einschaltung eines Notars an der Nahtstelle zwischen Zivil- und Steuerrecht sollte daher als taugliches Mittel des Verbraucherschutzes durch Gesetzgebung und Rechtsprechung die ihr gebührende Beachtung finden. In diesem Zusammenhang ist etwa auf die Rundschreiben der Notarkammern zu Immobilienfonds⁴⁴ hinzuweisen, durch die der Umfang der Beurkundungspflichten hervorgehoben wurde.

Die Beurkundungspflicht und ihre Eigenschaft als mediatisierte Form des Verbraucherschutzes sollte auch im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung verstärkt Beachtung finden, da diese der Formpflicht grundsätzlich abhold zu sein scheint und etwa die genannten Widerrufsrechte favorisiert. Wer etwa im Urlaub – oder sogar nach Einladung der Initiatoren – in Spanien einen – zur Wirksamkeit nicht beurkundungspflichtigen – Kaufvertrag über eine Ferienimmobilie unterschrieben hat und sich im Anschluß daran unter erheblichem Zeit- und Geldaufwand hiervon zu lösen versucht, kann die Überlegenheit der Beurkundungspflicht vor sonstigen Mitteln des Verbraucherschutzes bestätigen.

D. Zusammenfassung, Schlußbemerkungen

Die skizzierten Auswirkungen der steuerlichen Gesetzgebung berühren die notarielle Vertragsgestaltung und Berufsausübung, machen jedoch bei dieser nicht halt. Sie betreffen uns vielmehr alle. Insofern wäre es zu kurz gegriffen, nur den Zusammenhang mit der notariellen Tätigkeit herzustellen. So sollte es unser aller Anliegen sein, die Dominanz von wirtschaftlich-steuerlichen Überlegungen zu relativieren. Wenn es z. B. Tausenden von wirtschaftlich unbedarften Kleinanlegern durch eine Stückelung der Beteiligungsbeträge ermöglicht wird, sich mit Beträgen von DM 20.000 an einem Industrie- oder Gewerbepark in der Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einer Kommanditgesellschaft zu beteiligen, so kann dies der Gesellschaft nicht gleichgültig sein. Auch wenn die Investitionsmaßnahme als solche volkswirtschaftlich sinnvoll sein mag, bedeutet sie doch regelmäßig für den einzelnen betroffenen Anleger – auch bei Eintritt aller steuerlichen Vorteile – eine höchst zweifelhafte Kapitalanlage, da ein Sekundärmarkt für diese Beteiligungen bislang nicht besteht und wohl auch nie bestehen wird. Die Problematik einer solchen – wenn schon nicht volkswirtschaftlich, so jedenfalls individuell – fragwürdigen Allokation von Ressourcen und damit die Relativität von steuerlichen Überlegungen muß in das Bewußtsein der Öffentlichkeit gebracht werden.

Für den Bereich der notariellen Tätigkeit scheinen folgende Punkte wesentlich. Der Notar als wichtigster Träger der vorsorgenden Rechtspflege, als Vertragsgestalter, Berater der Be-

⁴⁴ Vgl. oben Fußnote 43.

teiligten und in seiner Verbraucherschützenden Funktion steht an der Nahtstelle zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht, insbesondere dem Steuerrecht. Auch wenn der Notar nach den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere nach § 17 BeurkG, nicht etwa zur steuerlichen Beratung der Beteiligten verpflichtet ist, bleibt seine Tätigkeit doch in den gesellschaftlichen Kontext, der durch hohe Abgabenlasten, eine zunehmende Sensibilität der Bürger für steuerlich-wirtschaftliche Belange und eine Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung in diesem Bereich gekennzeichnet ist, eingebunden. Vor diesen berechtigten Sorgen und Motiven die Augen zu verschließen hieße den Beteiligten Steine statt Brot zu geben.

Gleichwohl: Aufgabe des Notars und Sinn der Beurkundungspflicht ist es vor allem, den Beteiligten die zivilrechtlichen Folgen ihrer Verträge vor Augen zu führen, eine sachgemäße Beratung und Absicherung zu gewährleisten und die Beteiligten vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen zu schützen⁴⁵. Dieser Aufgabe, nämlich dem Zivilrecht den ihm

⁴⁵ Weitere Zwecke des Beurkundungszwangs sind die Beweisfunktion und die Gewährleistung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, vgl. etwa BGHZ 87, 153.

gebührenden Vorrang einzuräumen und steuerlich-wirtschaftliche Überlegungen zu relativieren wird die Beurkundungspflicht und die Ausgestaltung der Pflichten des Notars gerecht. Dies hat sich z.B. an der Übertragungswelle Ende letzten Jahres gezeigt, als steuerliche Überlegungen die Beteiligten in eine panische Angst versetzten und sie für die zivilrechtlichen Folgen blind zu machen drohten, obwohl gerade hier regelmäßig wesentliche Teile des Vermögens in Rede standen.

Beurkundungspflicht als mediatisierter Verbraucherschutz ist unverzichtbar und gegenüber anderen Formen des Verbraucherschutzes vorzugswürdig.

Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung bleiben schließlich aufgerufen, Diskrepanzen zwischen Steuerrecht und Zivilrecht zu vermeiden bzw. zu beseitigen, insbesondere auch für eine Kontinuität der Rechtsentwicklung zu sorgen. „Maßgeblichkeit des Zivilrechts“ sollte auch bedeuten, daß steuerliche Überlegungen für die Wahl zwischen einzelnen Vertragstypen weitestgehend neutral bleiben und nicht aus steuerlichen Überlegungen eine zivilrechtlich suboptimale Lösung gewählt wird.

Verspäteter Pflichtteilsverzicht?

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 13.12.1996 - IV ZR 62/96*

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

1. Der entschiedene Fall

Der BGH hatte sich in dem o.g. Urteil mit einem Fall zu beschäftigen, der sicherlich schon einigen Notaren in der Praxis passiert ist: Der Erblasser bot seiner Tochter mit notarieller Urkunde den Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages i.S. von § 2346 Abs. 2 BGB an. Das einem Abwesenden gemachte Angebot (§ 147 Abs. 2 BGB) wurde erst nach dem Tode des Erblassers in der erforderlichen notariellen Form (§§ 2348, 128, 152 BGB) von der Verzichtenden angenommen. Der BGH ist der Auffassung, daß der Pflichtteilsverzicht ein Rechtsgeschäft betreffe, das „seinem Gegenstand und seiner Eigenart nach nur mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten abgeschlossen werden könne“. Denn mit dem Tod des Erblassers bestehe ein *Pflichtteilsrecht*, auf das mit dem angebotenen Vertrag verzichtet werden sollte, nicht mehr. Durch den mittlerweile eingetretenen Erbfall sei bereits ein schuldrechtlicher *Pflichtteilsanspruch* entstanden. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch seien aber in verschiedener Hinsicht zu unterscheiden. Wegen dieses Unterschiedes lehnt das Gericht auch eine ergänzende Auslegung oder Umdeutung des Angebots des Erblassers als Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages bezüglich des mit dem Erbfall entstandenen Pflichtteilsanspruchs ab. Nur bei Vorliegen einer Abfindungsvereinbarung hätte dies nach Auffassung des BGH der unverhofften Pflichtteilsforderung entgegen gehalten werden können.

Das Ergebnis überrascht. Der säumige Verzichtende, der ja – wenn auch etwas verspätet, aber immerhin in notarieller Urkunde – erklärt hatte, er wolle keinen Pflichtteil haben, wird belohnt. Er soll an sein Wort nicht mehr gebunden sein! Kein Wort von einer unzulässigen Rechtsausübung!

Die Entscheidung vermag nicht zu überzeugen (dazu unter 2.). Da die Praxis mit ihr aber leben muß, sollen weitere Möglichkeiten gezeigt werden, derartige Fälle zu vermeiden (unter 3.)

Zur Vereinfachung soll auf die im Urteil ebenfalls erörterten Fragen des internationalen Privatrechts und des Pflichtteilsverzichts nach österreichischem Recht nicht näher eingegangen werden.

2. Zur Entscheidung

2.1. Das Verhältnis von Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch

Nach § 153 BGB verliert ein bereits gemachtes und zugegangenes Angebot grundsätzlich nicht dadurch seine Annahmefähigkeit, daß der Anbietende vor der Erklärung der Annahme verstirbt. Diese Vorschrift des Allgemeinen Teils des BGB gilt grundsätzlich auch im Erbrecht, und somit auch für den Erb- und Pflichtteilsverzicht, der ein erbrechtlicher Vertrag ist (*Staudinger/Schotten*, BGB, 13. Bearb. [1996] Einl. 17 zu §§ 2346 ff. m.w.N.). Der BGH will diese Bestimmung aus erbrechtlichen Gründen auf den Pflichtteilsverzicht offenbar nicht angewendet wissen, was auf eine Restriktion im Wege einer teleologischen Interpretation hinausläuft.

Die Entscheidung des BGH gründet sich allein auf einen diagnostizierten Wesensunterschied von Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch. Mit dem Tod des Erblassers habe „ein Pflichtteilsrecht, auf das die Klägerin hätte verzichten können, nicht mehr bestanden.“ Mit dem Tod trat also nach Auffassung des Gerichts für den angebotenen Pflichtteilsverzichtsvertrag eine rechtliche Unmöglichkeit ein, er konnte nicht mehr angenommen werden.

Der BGH sieht einen dogmatischen Unterschied zwischen Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch. Das Pflichtteilsrecht soll mit dem Tod des Erblassers untergehen. Zwischen Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB) und dem schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2317 Abs. 2 BGB) bestehe ein solcher Wesensunterschied, der sogar eine Umdeutung nach § 140 BGB ausschließe. Dann muß aber zwischen beiden ein „aliud-Verhältnis“ bestehen.

Richtig ist, daß zwischen Pflichtteilsrecht und schuldrechtlichem Pflichtteilsanspruch nach heute einhelliger Auffassung unterschieden wird (*MünchKomm/Frank*, 3. Aufl. [1989] § 2303 Rdnr. 5 und § 2317 Rdnr. 1 m.w.N.), wenn gleich unmittelbar nach Erlaß des BGB beide Begriffe zunächst teilweise synonym verstanden wurden (s. den Hinweis bei *Strohal*, Das deutsche Erbrecht [1901] § 49 II FN. 1). Das Gesetz selbst spricht in den §§ 2305 bis 2309, 2313 bis 2316, 2318 bis 2322, 2325 bis 2329, 2338 vom „Pflichtteilsberechtigten“ und in den §§ 2317, 2332 vom „Pflichtteilsanspruch“. Aber der BGH stellt das Verhältnis zwischen diesen Rechtsbegriffen nur sehr verkürzt dar und gelangt daher zu unzutreffenden Ergebnissen.

Das Pflichtteilsrecht wurzelt in der familienrechtlichen Beziehung der Beteiligten zueinander (so etwa *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. [1995] § 37 III 1 a), und begründet ein bereits zu Lebzeiten bestehendes Rechtsverhältnis zu dem künftigen Erblasser (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 56. Aufl. [1997] Überblick 1 vor § 2303; *Lange/Kuchinke*, § 37 III 1 a; *MünchKomm/Frank*, § 2303 Rdnr. 5). Anschaulich wird von dem in diesem Stadium bestehenden potentiellen Pflichtteilsrecht gesprochen (*Lange/Kuchinke*, a.a.O.). Ob hier bereits ein Anwartschaftsrecht auf den Pflichtteil oder lediglich eine bloße Aussicht besteht, ist umstritten (für Anwartschaftsrecht etwa *Göller*, Anwartschaften im Erbrecht [1964] 61; dagegen *Schlüter*, Erbrecht, 13. Aufl. [1996] Rdnr. 949; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, BGB, 12. Aufl., Vorbem. 67 vor § 2303), aber für unser Problem nicht von Bedeutung. Wichtiger ist: Nach ganz überwiegender Auffassung überdauert dieses Rechtsverhältnis „Pflichtteilsrecht“ den Tod des Erblassers und setzt sich mit seinen Erben fort (*Lange/Kuchinke*, § 37 III 1 a; *Palandt/Edenhofer*, Überbl. 1 vor § 2303; *MünchKomm/Frank* § 2303 Rdnr. 5; *Schlüter*, a.a.O., Rdnr. 949). Dies hat sogar der BGH in einer früheren Entscheidung (BGHZ 28, 177, 178) selbst ausgesprochen. Es ist nach überkommener Auffassung, mit der sich der BGH in seiner neuen Entscheidung überhaupt nicht auseinandersetzt, nicht mit dem Tod des Erblassers beendet. Mit dem Tod des Erblassers wird vielmehr das potentielle Pflichtteilsrecht zum aktuellen (so *Lange/Kuchinke* § 37 III 2; a.A. von *Lübtow*,

* in diesem Heft S. 108.

Erbrecht [1971] I, 548). Es ist „das ursprüngliche Rechtsverhältnis, das den Tod des Erblassers überdauert hat“ (*Lange/Kuchinke*, a.a.O.). Bisher wurde nicht bezweifelt, daß das so „aktualisierte Pflichtteilsrecht“ nach dem Tod des Erblassers die Grundlage oder plastischer ausgesprochen „die Quelle“ des schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruchs i. S. von § 2317 Abs. 2 BGB ist (vgl. etwa *Palandt/Edenhofer*, Überbl. 1 vor § 2303; *MünchKomm/Frank*, § 2303 Rdnr. 5; *Schlüter*, a.a.O., Rdnr. 949; *Lange/Kuchinke*, § 37 III 2; *Strohal*, § 49 II; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung [1992] Rdnr. 226; *Ebenroth*, Erbrecht [1992] Rdnr. 935; *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, II. Band [1909] § 412; RGZ 90, 1, 2; BGHZ 28, 177, 178). Auch nach dem Tode des Erblassers besteht also eine Abhängigkeit zwischen Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch. Ohne eine Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Erbfalls besteht kein Pflichtteilsanspruch (allgemeine Meinung, statt aller *Schlüter*, a.a.O., Rdnr. 950 ff). Und die Pflichtteilsberechtigung ist nur das subjektive Recht, das sich aus dem objektiv verstandenen Pflichtteilsrecht ergibt. Der Pflichtteilsanspruch selbst verhilft dem Pflichtteilsberechtigten nur, den Wert seiner Pflichtteilsquote in Geld zu erlangen (so anschaulich *Soergel/Dieckmann*, BGB, 12. Aufl. [1992] § 2303 Rdnr. 28). Das Pflichtteilsrecht als Grundlage hierfür gewährt nach dem BGB kein Noterbrecht, sondern eben diesen Geldanspruch.

Aber in diesem Pflichtteilsanspruch „erschöpft sich das Pflichtteilsrecht nicht“ (*Soergel/Dieckmann*, Vor § 2303 Rdnr. 3 und zum folgenden): Das Pflichtteilsrecht gibt gerade nach Eintritt des Erbfalls dem Pflichtteilsberechtigten Einreden zur Verteidigung seines eigenen Pflichtteils gegen Vermächnisse, Auflagen und andere Pflichtteilsansprüche (§§ 2318, 2319), aber auch gegen andere Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2328), verhilft ihm zu Auskunftsansprüchen (§ 2314) u. a. mehr.

Das aktuelle Pflichtteilsrecht nach dem Tod des Erblassers umfaßt daher auch und gerade den Pflichtteilsanspruch, es besteht zwischen beiden ein Stufenverhältnis, sie sind gerade kein „aliud“. Die Bedeutung der Zulassung eines Pflichtteilsverzichts in § 2346 Abs. 2 BGB besteht darin, daß auf das potentielle Pflichtteilsrecht zu Lebzeiten selbst dann verzichtet werden kann, wenn man darin kein Anwartschaftsrecht (das dann seinem Wesen nach ohnehin verfügbar ist) sieht. Man will aus besonderen Gründen einen sonst nur bei schuldrechtlichen Ansprüchen möglichen Erlaßvertrag (§ 397 BGB) zulassen, die Anwendbarkeit eines solchen Erlasses quasi „vorverlagern“.

Zum Zeitpunkt der Annahme des Angebots auf einen Verzicht auf das (potentielle) Pflichtteilsrecht bestand somit infolge des Todes des Erblassers bereits ein aktualisiertes Pflichtteilsrecht. Dieses war zwar auch die „Quelle“ für den vom BGH herausgehobenen schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch, erschöpfte sich aber nicht nur darin. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, daß ein Pflichtteilsrecht infolge des Erbfalls nicht mehr bestand.

Die zu spät ergangene Annahme des Angebots auf Pflichtteilsverzicht muß daher auch als Verzicht auf das Vollrecht „Pflichtteilsanspruch“ angesehen werden, und zwar nicht nur im Wege einer ergänzenden Auslegung.

Bedenken gegen ein solches Verständnis könnten sich allenfalls aus der Person des Erklärungsempfängers für die Annahmeerklärung über den Pflichtteilsverzicht ergeben. Denn der Erblasser lebte ja zur Zeit der Annahme nicht mehr. Da sich aber nach h.M. das aus dem Pflichtteilsrecht wurzelnde

Rechtsverhältnis nach dem Tod des Erblassers mit seinen Erben fortsetzt (etwa *Palandt/Edenhofer*, Überbl. 1 vor § 2303), kann der Erbe diese Annahmeerklärung entgegennehmen, wenn nicht auf den Zugang der Annahme ohnehin verzichtet wurde, § 151 BGB.

Dogmatische oder systematische Gründe lassen sich daher nicht gegen das Wirksamwerden des Pflichtteilsverzichts nach dem Tode des Erblassers geltend machen.

2.2. Anderer Geschäftsgegenstand?

Der BGH versucht seine Differenzierung zwischen Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch auch mit wirtschaftlichen Überlegungen zu begründen. Zu Lebzeiten des Erblassers sei unsicher, in welcher Höhe einmal ein Pflichtteilsanspruch entstehe. Dieses Argument überzeugt schon auf den Anlaßfall bezogen nicht: Das Angebot auf Pflichtteilsverzicht datiert vom 19.12.1990, der Erblasser verstarb zwischen dem 4.1.1991 und dem 21.2.1991. Lag zwischen diesen Terminen nicht ein „Börsen-crash“ oder Lottogewinn, so war die Vermögensentwicklung doch sehr überschaubar, jedenfalls viel eher kalkulierbar als bei vielen Vermögensdispositionen, die wir heute zu treffen haben. Dieser Begründungsversuch würde jedenfalls immer eine Einzelfallprüfung erfordern, denken wir an den Fall, daß der Erblasser – vor lauter Aufregung – unmittelbar vor Annahme des Pflichtteilsverzichts verstirbt. Die Frage der Vermögensentwicklung reduzierte sich hier auf eine juristische Sekunde. Und festzuhalten bleibt: Der Verzicht auf einen relativ ungewissen Vermögensvorteil in Gestalt eines noch nicht zu beziffernden zukünftigen Pflichtteils fällt letztlich viel leichter, als der Verzicht auf das, was in Heller und Pfennig zu berechnen ist. Deshalb verlangt das Gesetz bei derartigen „aleatorischen Rechtsgeschäften“ aus Gründen des Übereilungsschutzes gerade die notarielle Beurkundung. Und wenn hier die Tochter nach dem Tode des Erblassers sogar noch den Pflichtteilsverzicht abgab, konnte sie sich ja vorher ganz konkret über den tatsächlichen Wert des Verzichts informieren – und hat dies wohl auch getan. Sie ist hier sicherlich nicht schutzwürdiger als bei einem Verzicht auf ein noch unbestimmtes Recht.

2.3. Unterschiedliche Zweckverfolgung?

Der BGH meint weiter, Pflichtteilsverzicht und Verzicht auf einen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch hätten einen völlig verschiedenen Zweck. Der erstere solle dem künftigen Erblasser „freie Hand für von ihm beabsichtigte Vermögensdispositionen ... schaffen“, also letztlich mehr an „Testierfreiheit“ ermöglichen. Bei dem Erlaßvertrag nach dem Tode des Erblassers geht es aber letztlich um nichts anderes: Der Erbfall ist der Zahltag, an dem sich beweisen muß, ob die verschiedenen Dispositionen und Entscheidungen des Erblassers den gewünschten Erfolg bringen. Hier zeigt sich, ob die Nachlaßpassiva in Gestalt von Pflichtteilsansprüchen tatsächlich diese Vermögensplanungen erschweren oder gar verhindern, oder ob die durch einen Pflichtteilsverzicht beabsichtigte Erlangung einer Testierfreiheit, die letztlich in eine Beseitigung von solchen Nachlaßverbindlichkeiten münden sollte, realisiert wurde. Ist aber ein Pflichtteilsverzicht zu Lebzeiten des Erblassers gescheitert, so wird der Erbe danach trachten, durch einen Erlaßvertrag über den entstandenen Pflichtteilsanspruch für eine Bereinigung der erbrechtlichen Verhältnisse zu sorgen. Letztlich ist das wirtschaftliche Ziel das gleiche.

Wenn der BGH daher eine Umdeutung (§ 140 BGB) des seiner Meinung nach fehlgeschlagenen Pflichtteilsverzichts in einen Erlaßvertrag über den mit dem Erbfall entstandenen Pflichtteilsanspruch mit der Begründung ablehnt, der insbesondere aus den wirtschaftlichen Zielen der Beteiligten abzuleitende hypothetische Parteiwille umfasse nicht diesen Erlaß als „Ersatzgeschäft“, so ist dies aus diesen Gründen nicht nachvollziehbar. Der Tochter war mit ihrer Unterschrift unter die notariell beurkundete Annahmeerklärung klar, daß sie aus dem Nachlaß der Mutter nichts mehr erhalten sollte, sondern ihr nur das Zustand, was in den bereits vorher vereinbarten Grundstücksgeschäften festgelegt war. Und daran muß sie sich letztlich festhalten lassen.

2.4. Tod des Erblassers hindert nicht das Wirksamwerden des Pflichtteilsverzichts

Zu Recht hat der BGH jedoch betont, daß der Tod des anbietenden Erblassers das Wirksamwerden des Pflichtteilsverzichts nicht hindert. Der Erbverzicht kann allerdings nur zu Lebzeiten des Erblassers vereinbart werden (BGHZ 37, 319, 329; *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 19 m.w.N.), da Gründe der Rechtssicherheit es erfordern, daß bei Tod des Erblassers die Erbfolge feststeht. Der Pflichtteilsanspruch schafft aber nur eine Nachlaßverbindlichkeit, und hier ist es nichts ungewöhnliches, daß deren genaue Höhe bei Eintritt des Erbfalls noch nicht feststeht. Zu Recht betont der BGH die insoweit bestehenden rechtlichen Besonderheiten des Erbverzichts gegenüber dem Pflichtteilsverzicht. Anders liegt es, wenn das Angebot vom Pflichtteilsberechtigten ausgeht und der Erblasser vor Annahme verstirbt (s. 3.1.).

3. Überlegungen für die Praxis

Da die Praxis sich aber darauf einstellen muß, mit der Rechtsauffassung des BGH zu leben, hat sie sich zu überlegen, wie derartige Probleme zu vermeiden sind:

3.1. Schnelles Wirksamwerden des Verzichts

Oberste Maxime ist daher: Es ist darauf zu achten, daß Pflichtteilsverzichte (gleiches gilt noch mehr bei Erbverzicht) möglichst schnell rechtswirksam werden.

Das bedeutet konkret:

– Aufschiebende Bedingungen oder Befristungen sind nach Möglichkeit zu vermeiden, etwa die Bedingung, daß der Verzicht erst mit Erbringung der Abfindungsleistung wirksam wird, auch wenn sich die h.M. meiner in dieser Zeitschrift vertretenen Auffassung (*MittBayNot* 1985, 101) angeschlossen hat, daß der Bedingungseintritt auch beim Erbverzicht noch nach dem Tod des Erblassers eintreten kann (*Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 54 m.w.N.; a.A. *Staudinger/Ferid/Cieslar*, § 2346 Einl. 89 vor § 2346 und *Lange*, in FS Nottarp 119, 123).

– Soweit möglich, sollte – wenn schon der Verzichtende nicht anwesend ist – aufgrund einer Vollmacht für ihn gehandelt werden. Die Vollmacht ist grundsätzlich formlos möglich, § 167 Abs. 2 BGB, es sei denn, sie wird unwiderruflich erteilt (*Staudinger/Schotten* § 2348 Rdnr. 9). Auch eine Vertretung mittels Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB) seitens des Verzichtenden ist möglich, wobei die Vollmachtsbestätigung formlos möglich ist. Die Formvereinbarung, daß diese in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden muß, mag zwar in Extremfällen zur Erleichterung des Identitätsnachweises sinnvoll scheinen, verursacht aber nicht nur

Kosten, sondern verzögert u.U. das Wirksamwerden des Verzichtsvertrages ganz erheblich. Die Beurkundung durch Angebot und Annahme sichert zwar für beide Teile – anders als eine bloße Nachgenehmigung mit Unterschriftsbeglaubigung – die wünschenswerte notarielle Belehrung (§ 17 BeurkG), kann aber zu ganz erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen und ist daher – gerade bei Fällen mit Auslandsberührung, wofür hier ein anschauliches Beispiel vorliegt – zu vermeiden.

– Durch entsprechende Vereinbarungen ist sicherzustellen, daß die noch ausstehenden Erklärungen so schnell wie möglich wirksam werden: bei einer noch ausstehenden Nachgenehmigung dadurch, daß diese bereits mit dem Eingang beim beurkundenden Notar als allgemein mitgeteilt gilt und wirksam ist (Empfangsbevollmächtigung des Notars). Bei der beurkundeten Annahmeerklärung gilt grundsätzlich § 152 BGB, so daß es nach dem Gesetz eines Zugangs derselben beim Anbietenden nicht bedarf, soweit nichts anderes bestimmt ist. Zu beachten ist aber, daß teilweise von einer stillschweigenden Abbedingung dieser Vorschrift ausgegangen wird, wenn eine bestimmte Annahmefrist gesetzt wird (in der Praxis die Regel), da der Anbietende hier Rechtsklarheit über die erfolgte Annahme innerhalb der Frist erwartet (BGH NJW-RR 1989, 199). Es empfiehlt sich daher durchwegs die Bestimmung, daß auf den Zugang der Annahmeerklärung innerhalb der Angebotsfrist verzichtet wird.

– Sowohl bei der Vertretungs- wie bei der Angebotslösung ist darauf zu achten, daß das in § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB enthaltene Gebot des persönlichen Vertragsschlusses der Vertragsgestaltung Grenzen setzt: Der (potentielle) Erblasser kann sich daher bei einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht nicht vertreten lassen. Auch eine Umdeutung in ein Angebot auf Abschluß eines Erbverzichts ist nicht möglich (vgl. BGH ZEV 1996, 228 m. Anm. *Krampe*). Erfolgt das Angebot für den Verzicht durch den Erb- oder Pflichtteilsberechtigten selbst (also der umgekehrte Fall als der, der vom BGH entschieden ist), so kann wegen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts für den Erblasser das Angebot nicht mehr durch seine Erben angenommen werden, auch wenn die aus dem Angebot selbst erwachsende Option an sich nach allgemeinen Grundsätzen vererblich wäre (*Reimann*, ZEV 1996, 421, 422). Hier kommt auch nach meiner Auffassung aus diesem Grund eine nachträgliche Annahme nicht mehr in Betracht, so daß eine derartige Gestaltung bei älteren oder kranken (potentiellen) Erblassern vermieden werden sollte.

3.2. Hilfsweise Vereinbarung

Vorsorglich empfiehlt sich bei allen nicht sofort wirksamen Pflichtteilsverzichteten die Vereinbarung, daß zugleich auch auf die künftigen, mit dem Tode des Erblassers erst entstehenden Pflichtteilsansprüche verzichtet wird. Die mittlerweile h.M. hält einen solchen Verzicht auf künftige Pflichtteilsansprüche für wirksam (*Staudinger/Wufka*, 13. Bearb., § 312 Rdnr. 29; *Lange/Kuchinke*, § 37 III 3 a; *Nieder*, a.a.O., Rdnr. 902 FN 217; *J. Mayer MittBayNot* 1985, 104; *Palandt/Heinrichs*, § 312 Rdnr. 7 für die Abtretbarkeit), wenngleich für solche Voraussetzungen die Beschränkungen des § 312 Abs. 2 BGB vorsorglich beachtet werden sollten (dafür etwa *MünchKomm/Frank* § 2317 Rdnr. 1), also notarielle Beurkundung und auch Erklärung gegenüber dem künftigen Erben oder möglichen Schuldner eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2329 BGB.

Das maschinell geführte Grundbuch

Erfahrungen aus der notariellen Praxis

Von Notar *Herbert Oberseider*, München

Im Jahr 1994 wurde in München mit der Einführung des maschinell geführten Grundbuchs begonnen, seit mehr als einem Jahr existieren beim Grundbuchamt München keine aktuellen Papiergrundbücher mehr. Diese sind alle geschlossen und werden nicht mehr fortgeführt. Nunmehr steht die Einführung des elektronischen Grundbuchs landesweit bevor. Daher sollen einige Anmerkungen aus der Sicht eines „Betroffenen“ ohne besondere EDV-Kenntnisse, die Erfahrungen mit dem elektronischen Grundbuchverkehr und die Auswirkungen auf den Betrieb eines Notariats aufzeigen.

1. Ziel der Einführung der Grundbuchautomatisierung ist vorrangig die Vereinfachung der Arbeitsabläufe innerhalb des Gerichts. Die praktischen Auswirkungen auf die Tätigkeit des Notars stehen dabei nicht im Mittelpunkt, auch wenn diese aus der Sicht des Notars unmittelbar in seine tägliche Arbeit eingreifen. Das Ziel der Beschleunigung wurde, neben einer nach außen nicht erkennbaren Einsparung von Arbeitskräften am Grundbuchamt, erreicht. Die Vollzugszeiten beim Grundbuchamt haben sich nach Einführung des maschinell geführten Grundbuchs deutlich verkürzt, was selbstverständlich positive Rückwirkung auf die praktische Tätigkeit des Notars hat.

2. Das Grundbuchblatt selbst hat sich, trotz Wegfall des Papiergrundbuchs, in seinem Erscheinungsbild nicht geändert. Da die alten Grundbuchblätter gescannt wurden, gibt auch der Ausdruck eines elektronisch geführten Grundbuchblattes das bisher gewohnte Bild wieder – für den Altbestand selbstverständlich mit den alten Mängeln, was Lesbarkeit und Übersichtlichkeit oder auch frühere Nachlässigkeiten betrifft. Doch dies ist nicht der neuen Technik anzulasten, sondern dem Zustand des Altbestandes. Die elektronisch geführten Neueintragungen entsprechen ebenfalls dem alten Erscheinungsbild. Eine Umgestaltung des Grundbuchblattes oder gar ein Neuaufbau der bisherigen Einteilung, wie etwa bei den umgestellten Veränderungsnachweisen des Vermessungsamtes, ist nicht erfolgt.

Als positive Neuerung gibt jede Seite eines Grundbuchauszuges die Gesamtseitenzahl des Grundbuchblattes wieder, weiterhin das Datum des aktuellen Ausdrucks und das Datum der letzten im Grundbuchblatt eingetretenen Änderung. Diese Informationen tragen zu einer deutlich größeren Transparenz bei.

3. Für den Notar beschränkt sich der elektronische Grundbuchverkehr im Augenblick vor allem auf die Erholung von Grundbuchauszügen. Sicher war die bisherige Praxis der Grundbucheinsichtnahme in den einzelnen Notariaten sehr unterschiedlich, abhängig vom Umfang der Einsichten, den zur Verfügung stehenden Mitarbeitern, der räumlichen Nähe oder Ferne des Grundbuchamts. Natürlich ist es möglich, auf die Teilnahme am elektronischen Grundbuchverkehr und damit auf die Grundbucheinsichtnahme im eigenen Amt zu verzichten und, wie bisher, einen Mitarbeiter mit dem Gang zum Grundbuchamt zu beauftragen. Zumindest am Grundbuchamt München steht ein Monitor für Grundbucheinsichten zur Verfügung, an dem der mit der Einsicht Beauftragte die entsprechenden Grundbuchblätter aufrufen kann und dann

handschriftlich die erforderlichen Daten notiert. Ein Ausdruck des Grundbuchblatts wird allerdings als Grundbuchauszug mit der entsprechenden Kostenfolge bewertet. Unabhängig von dem Verzicht auf die nunmehr mögliche Einsicht im eigenen Amt und deren Vorteile führt zumindest an größeren Grundbuchämtern die beschränkte Zahl der zur Verfügung stehenden Bildschirme bei der großen Menge der täglichen Einsichtsbegehren zu zeitlichen und räumlichen Engpässen.

4. Um am elektronischen Grundbuchverkehr teilzunehmen, ist vom Notar zunächst die Zulassung zu beantragen (§ 133 GBO).

An technischen Voraussetzungen ist neben einem ISDN-Anschluß vom Notar ein handelsüblicher PC mit WINDOWS-Oberfläche bereitzustellen. Zweckmäßigerweise sollte ein Drucker angeschlossen sein, da im Notariatsbetrieb, auch wegen der Kosten einer evtl. erneuten Einsicht, auf einen Ausdruck weitgehend nicht verzichtet werden kann.

Auf weitere technische Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden, es empfiehlt sich jedoch, bei der Auswahl von PC und Drucker Leistungsfähigkeit und gewünschten Komfort zu berücksichtigen.

Zur Kostenkalkulation darf angemerkt werden, daß der PC, auch wenn das Grundbuchprogramm isoliert benutzt wird, im übrigen selbstverständlich für sonstige Arbeiten im Büro zur Verfügung steht. Eine Integrierung des Grundbuchprogramms in andere Arbeitsabläufe, insbesondere die Übernahme strukturierter Daten aus dem Grundbuchauszug für die weitere Verarbeitung, steht derzeit noch auf der Wunschliste der Notare.

Die Software zur Teilnahme am Grundbuchverkehr wird von der Justiz gestellt, wobei verschiedene Varianten möglich sind. Die Benutzung ist bedienerfreundlich und setzt keine größeren Vorkenntnisse voraus. Die mitgelieferte Betriebsanleitung ist übersichtlich und klärt auch über Einzelprobleme auf. In der Eingewöhnungsphase leistet das Grundbuchamt München bei auftretenden Problemen stets auch telefonische Hilfestellung.

5. Zur Erstellung einer Grundbucheinsicht wird dem Benutzer ein Grundmenü geboten. Sind ihm Gemarkung und Blattstelle bekannt, kann er den Menüpunkt GB aufrufen, worauf das Grundbuchblatt auf den Bildschirm geladen wird. Die einzelnen Seiten des Grundbuchs können nunmehr durchgeblättert werden, Druck des gesamten Grundbuchblattes oder einzelner Seiten ist möglich. Es darf jedoch nicht verschwiegen werden, daß die Übertragung der Daten je nach Größe des Grundbuchblattes eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt.

Schwierigkeiten treten derzeit bei sehr großen Grundbuchblättern auf, etwa wenn bei einer größeren Eigentumswohnungsanlage alle Eigentümer eines Tiefgaragenstellplatzes auf nur einem Garagenblatt gebucht sind.

6. Bei jeder Einsicht, auch bei Abrufen über die anderen angebotenen Menüpunkte, wird die Eingabe eines Akten-

zeichens verlangt. Die Gestaltung bleibt dem Benutzer überlassen. Die Angabe des gleichen Aktenzeichens gewährt bei einer späteren erneuten Einsicht des gleichen Grundbuchblattes einen Kostenvorteil.

Primär dient das Aktenzeichen jedoch dem Datenschutz und der evtl. stichprobenweisen Überprüfung durch die Dienstaufsicht (§§ 133 Abs. 1 Nr. 2 GBO, 83 Abs. 3 Satz 1 GBV).

Selbstverständlich darf der Notar eine Grundbucheinsicht – auch wenn er gemäß § 43 Abs. 2 GBV kein berechtigtes Interesse darlegen muß – nur zur pflichtgemäßen Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit vornehmen. Daran hat sich auch durch die Einführung des automatisierten Grundbuchs nichts geändert.

Das Grundbuchamt ist gemäß den gesetzlichen Vorgaben gezwungen, mindestens jeden zehnten Abruf durch den Notar zu protokollieren und die Protokolle regelmäßig der Dienstaufsicht zur Verfügung zu stellen, vgl. § 83 GBV. Mit Sicherheit ist daher zu erwarten, daß der elektronische Abruf künftig, etwa anlässlich einer Geschäftsprüfung, durch Stichproben kontrolliert werden wird.

7. Benötigt der Benutzer von vornherein nur den Ausdruck eines Grundbuchblattes, ohne es vorher einsehen zu wollen, wird der Menüpunkt Seriendruck (LD) angeboten. Hier werden lediglich Gemarkung und Blattstelle für eine oder mehrere Grundbuchstellen eingegeben und dann sofort der Druckvorgang ausgelöst. Die Zwischenstufe der Anzeige des Blattes auf dem Bildschirm entfällt, was insbesondere bei Ausdruck einer Mehrzahl von Grundbuchblättern eine große zeitliche Ersparnis bedeutet.

8. Ist die Grundbuchstelle nicht bekannt, kann die Ermittlung über die Flurstücks- und Eigentümerdatei (F&E) erfolgen. Dies entspricht in etwa der früheren Suche in der Grundstücks- oder Eigentümerkartei (ursprünglich Sach- oder Personenregister in Buchform). Daneben ist auch eine Suche über die Straßenbezeichnung des Grundstücks möglich.

Über F&E gestaltet sich jedoch die Suche häufig schwierig. Die eingegebenen Suchbegriffe müssen mit dem vorhandenen Bestand exakt übereinstimmen, was insbesondere wegen der früher oft nicht genauen Schreibweise der Namen oder nicht buchstabengetreuer Wiedergabe der Straßenbezeichnung samt Abkürzungen häufig zu negativen Ergebnissen führt. Hinzu kommt, daß zur Zeit die Daten in F&E nicht unmittelbar den Eintragungen im Grundbuch entnommen werden, sondern beim Erfassungsvorgang gesondert eingegeben werden oder den Unterlagen der Vermessungsämter entstammen. Diese stimmen verschiedentlich (in München auch bezüglich der Gemarkungen) nicht mit den Bezeichnungen der Grundbücher überein.

Eingabe der richtigen Gemarkung des gesuchten Grundbesitzes ist stets erforderlich, eine Suche nach dem Gesamtbesitz einer Person im gesamten Grundbuchbestand ist nicht möglich. Hier ist also Findigkeit gefragt, wie auch schon bei den alten Verzeichnissen.

9. Sehr positiv stellt sich der angebotene Menüpunkt Markentabelle (MT) dar. Hier kann für ein bestimmtes Grundbuchblatt Auskunft über die vorliegenden Eintragungsanträge eingeholt werden, die noch in Bearbeitung sind. Da vorlegender Notar und Urkundennummer des Einlaufs angezeigt werden, ist ein Rückgriff auf die vorgelegten Urkunden bzw. eine

Rückfrage beim vorlegenden Notar möglich, ohne die Grundakten heranziehen zu müssen. Bei Eingang mehrerer Vorlagen am selben Tag ist allerdings im Augenblick die Reihenfolge der Vorlagen nicht ersichtlich.

Dennoch stellt die Markentabelle insbesondere für sogenannte Rangbestätigungen eine große Erleichterung dar. Aussagekräftig ist der Vermerk des Eingangs eines Eintragungsantrags in der Markentabelle jedoch nur mit einer zeitgleichen erneuten Grundbucheinsicht, da sonst, insbesondere bei der eingetretenen Beschleunigung des Vollzugs, ein evtl. bereits vollzogenes Zwischenrecht unberücksichtigt bleiben könnte.

Nicht übersehen werden darf, daß es sich bei der Markentabelle um ein Hilfsverzeichnis im Sinne des § 12 a Abs. 1 GBO handelt, die Auskunft also keine amtliche Haftung des Grundbuchamts begründet.

Ein Eintrag in der Markentabelle kann fehlen, wenn die Angabe der Blattstelle durch den vorlegenden Notar fehlerhaft ist oder bei Erstellung der Markentabelle die Erfassungsstelle nicht sofort erkennen kann, daß auch weitere Grundbuchstellen von der Vorlage betroffen sind.

Diese Gefahren bestanden jedoch auch schon beim bisherigen Grundbuchbetrieb und den bislang üblichen Ermittlungen des Einlaufs in den Grundakten. Insoweit verbleibt dem Notar das bekannte Restrisiko bei der Erteilung einer Rangbestätigung.

10. Deutliche Nachteile entstehen, wenn ein Geschäftsvorgang eine Vielzahl von Grundbucheinsichten erfordert, etwa bei einer umfangreicheren Straßenverbriefung oder bei Vorgängen, die eine Vielzahl von Wohnungseigentumseinheiten oder gar eine gesamte umfangreiche Wohnungseigentumsanlage betreffen. Neben den entstehenden Kosten, die oft in keinem Verhältnis zu den Notargebühren stehen dürften, wächst auch der Zeitbedarf für die Einsichten ganz erheblich. Dies ist jedoch keine Folge des automatisierten Abrufverfahrens, sondern des Wegfalls der Papiergrundbücher.

11. Der Abruf der Grundbuchauszüge im eigenen Amt erfordert eine gewisse Umstrukturierung des bisherigen Arbeitsablaufes. Der Gang zum Grundbuchamt und ggf. die Beschäftigung eines eigenen Mitarbeiters hierfür entfällt. Dennoch wird es gelegentlich notwendig sein, etwa zur Überprüfung eines historischen Ablaufes geschlossene Papiergrundbücher einzusehen oder Ermittlungen in den Grundakten vorzunehmen. Zumindest bei größeren Grundbuchämtern erforderte dies aber bereits bisher einen über die normale Einsicht hinausgehenden Aufwand.

Die Organisation der Grundbucheinsichten hängt von der Struktur des einzelnen Notariats ab. Normalerweise wird der Notar bei Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren mehrere Mitarbeiter mit der Einsichtnahme in das Grundbuch beauftragen. Der Zugang wird durch die Eingabe eines Paßwortes (Kennwort) ermöglicht, das bei jeder Anmeldung der Verbindung zum Grundbuchamt (Aufruf des Programmes) eingegeben werden muß. Das Paßwort ist als Schutz vor unbefugtem Zugriff geheim zu halten, die zugangsberechtigten Personen müssen gemeldet werden.

12. Neben den erstmaligen Anschaffungs- und Zulassungskosten und den Betriebskosten (Wartung der Anlage, Telefongebühren, Grundgebühr für die Bereitstellung der Abrufmöglichkeit) entstehen dem Notar konkrete Abrufgebühren für jede einzelne Einsicht in unterschiedlicher Höhe (vgl. hierzu den Beitrag von *Bredl*, in diesem Heft S. 72).

Zur Zeit ist davon auszugehen, daß die Kostennachteile an den meisten Notarstellen die Kostenvorteile übersteigen dürften, zumindest solange eine Weitergabemöglichkeit der konkreten Einsichtskosten an die veranlassende Klientel nicht eindeutig geklärt ist.

13. Der große Vorteil des elektronischen Grundbuchs liegt zum einen in der schnelleren Verfügbarkeit der Grundbuchdaten, zum anderen in der größeren Sicherheit bei der Beurkundung anhand eines kurzfristig aktualisierbaren Grundbuchauszuges. Zwar wird kaum eine Beurkundung anhand einer gerade erstmalig abgerufenen Grundbucheinsicht erfolgen, doch können gelegentlich im Beurkundungstermin auftretende Fragen, etwa bei der gewünschten Mitveräußerung einer bisher nicht erwähnten selbständig gebuchten Garage, schnell und abschließend geklärt werden. Auch die sofortige Einholung eines Grundbuchauszuges zu einer Vorbesprechung bringt deutliche Vorteile.

Bei nicht bekannten Grundbuchstellen oder unklaren Angaben der Beteiligten erspart der Abruf im Amt zeitauf-

wendige Rückfragen oder gar mehrere Gänge zum Grundbuchamt.

Offensichtlich ist der Vorteil der Teilnahme am automatisierten Grundbuchabruf für Notarstellen ohne Grundbuchamt am Ort oder bei der Zuständigkeit auswärtiger Grundbuchämter. Die Zulassung des Notars zur Einsichtnahme landesweit und, bei Vorliegen der technischen Voraussetzungen, auch bundesweit, ist in § 133 Abs. 7 GBO niedergelegt.

14. Bereits das automatische Abrufverfahren, worauf sich der elektronische Grundbuchverkehr im Augenblick noch beschränkt, stellt für den Notar eine positive Neuerung dar, die eine schnellere und effizientere Arbeit ermöglicht.

Ein echter wechselseitiger Austausch von Daten wird nicht allzulange auf sich warten lassen, da die elektronische Versendung oder Abrufbarkeit von Vollzugsmitteilungen bereits in Vorbereitung ist.

In Zukunft ist eine stürmische Weiterentwicklung des elektronischen Rechtsverkehrs zu erwarten, der erste Schritt ist bereits getan.

Beiträge zum Wohnungseigentum und zum Mietrecht. Hanns Seuß zum 70. Geburtstag, herausgegeben vom Evangelischen Siedlungswerk Deutschland e.V. Nbg. und Deutschen Volksheimstättenwerk GmbH, Verlag Deutsches Volksheimstättenwerk GmbH, Bonn 1997, 328 S., DM 58,80

Seit dem Inkrafttreten des WEG im Jahr 1951 sind etwa 3 Millionen Eigentumswohnungen errichtet worden. Im Verhältnis zu 1987 hat sich der Bestand von Wohnungseigentumseinheiten – nicht zuletzt bedingt durch den Bauboom in den neuen Bundesländern – fast verdoppelt. Sowohl in den alten wie auch in den neuen Bundesländern wird etwa jede zweite Wohnung als Eigentumswohnung errichtet (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl. 1997, Einl. Rdnr. 4). Das Wohnungseigentumsgesetz hat sich hierbei im wesentlichen bewährt. Zahlreiche Fragen mußten freilich erst durch Rechtsprechung und kautelarjuristische Gestaltung gelöst werden, nicht wenige sind auch heute noch umstritten. Hinzu kommt, daß durch den Wandel der Lebensverhältnisse und -gewohnheiten immer wieder neue Probleme auftauchen.

Bei der hier vorzustellenden Festschrift (so das Vorwort der Herausgeber) für *Hanns Seuß* kommt der Schwerpunkt der wohnungseigentumsrechtlichen Fragen deutlich zum Ausdruck. Obwohl das Thema der Festschrift auch dem Mietrecht gewidmet ist, beschäftigen sich 21 von 31 Beiträgen mit Fragen aus dem WEG. Die meisten sind für die notarielle Praxis von großem Interesse, zwei von ihnen stammen aus dem Kreis bayer. Notarkollegen (*Röll* und *F. Schmidt*). Der Jubilar hat sich durch seine jahrelange berufliche Erfahrung als Geschäftsführer des ESW (Evangelisches Siedlungswerk) Bayern und zahlreiche Veröffentlichungen einen namhaften Ruf im Recht des Wohnungseigentums erworben. Alle Festschriftbeiträge befassen sich mit praktischen und aktuellen Themen; sie hier vollständig darzustellen ginge zu weit.

Neben den Beiträgen zur Sachmängelgewährleistung beim Kauf einer Eigentumswohnung (*Hauger*), zur Kostentragung bei Sondernutzungsrechten (*Bielefeld*) ist für die notarielle Praxis insbesondere die Abhandlung von *Belz* über die Probleme bei vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschlüssen von Wohnungseigentümern, die seit der Entscheidung BGHZ 54, 65 anerkannt sind und in jüngster Zeit vermehrt diskutiert werden, von Bedeutung. Daß hier schon im Ansatzpunkt Einordnungsschwierigkeiten auftauchen können, zeigt die in dem Beitrag bereits erörterte Entscheidung des OLG Hamm vom 10.09.1996 (Az. 15 W 236/96 – diese Entscheidung wird mit einem Beitrag von *Kreuzer* in *MittBayNot* 3/1997 veröffentlicht), in welcher ein einstimmiger Beschluß über die grundlegende Änderung der Gemeinschaftsordnung als Vereinbarung ausgelegt wurde, die – da nicht im Grundbuch eingetragen – auch nicht gegen einen Sondernachfolger wirken konnte (§ 10 Abs. 2 WEG). Wenn man (wie das OLG Hamm und *Belz*) danach differenziert, ob die getroffene Regelung ihrem Gegenstand nach einem Mehrheitsbeschluß zugänglich ist, würde man die Konstruktion des vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschlusses in zahlreichen Fällen von vornherein in Frage stellen und hierfür praktisch keinen Anwendungsspielraum mehr lassen. Allein die Tatsache, daß die Wohnungseigentümer einer Meinung sind, kann die Regelung noch nicht zur Vereinbarung i.S.v. § 10 Abs. 2 WEG machen, sonst würde eine bloße Mehrheitsentscheidung die stärkere

Wirkung in Bezug auf Rechtsnachfolger haben. Entscheidend wird immer sein, wo die inhaltlichen Grenzen eines solchen Beschlusses (der Pseudovereinbarung) sind. Hierzu ist v.a. auf die „Kernbereichslehre“ (vgl. etwa BGH NJW 1994, 3231; 1995, 2036) hinzuweisen, die bereits durch Beispiele ausgefüllt (z.B. *Kreuzer* *MittBayNot* 1996, 339, 341f.), in einigen Bereichen aber noch umstritten ist (so z.B. für die Begründung von Sondernutzungsrechten, die *Belz* – S. 23 f. – als einen solchen Eingriff ansieht, a.M. insbes. BayObLG NJW-RR 1992, 81, 83; 1993, 85, 86). *Belz* spricht sich zutreffend auch gegen die von einigen Oberlandesgerichten vertretene „Überlagerungstheorie“ aus (S. 22 f.; ebenso BayObLG *MittBayNot* 1996, 437 und *Demharter* *MittBayNot* 1996, 417).

Neuere Gemeinschaftsordnungen, insbesondere für größere Wohnungsanlagen sehen nur noch ganz selten ein Zustimmungserfordernis zur Wohnungsveräußerung (§ 12 WEG) vor. *Deckert* weist in seinem Festschriftbeitrag (S. 61 ff.) nach, daß der Verzicht auf das Zustimmungserfordernis die Regel sein sollte, weil er wenig bringt, unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht, im Einzelfall der Nachweis eines wichtigen Grundes zur Verweigerung der Zustimmung schwierig und für den Verwalter sehr haftungsträchtig ist. Auch in der kautelarjuristischen Literatur wird die Begründung von Veräußerungsbeschränkungen daher (zu Recht) nur mit großer Zurückhaltung empfohlen (z.B. *Rapp*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., A3 Rdnr. 63; *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl., S. 922 f.; *Linde*, in: Beck'sches Formularbuch, 6. Aufl. Form. IV 32 Anm. 10; *Röll* *BWNotZ* 1980, 25, 27; anders *Hallmann* *MittRhNotK* 1985, 1, 9; *Schmidt*, in: Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. Bd. 4, 2. Halbb., Form. IX 1 Anm. 16). Auch der Vollzug von Kaufverträgen kann sich durch eine notwendige Verwalterzustimmung verzögern (z.B. weil der Verwalternachweis abgelaufen ist oder der Verwalter die Zustimmung verspätet abgibt). Solange die Zustimmung nicht vorliegt, kann der Kaufpreis wegen der schwebenden Vertragsunwirksamkeit nicht fällig werden (*Deckert*, S. 62). Die Beteiligten haben hierfür in aller Regel kein Verständnis.

Schmidt befaßt sich in seinem Beitrag „Nießbrauch und Wohnungseigentum“ (S. 265 ff.) mit einer weiteren, für die notarielle Praxis bedeutenden Problematik. Sie stellt sich v.a. bei der Überlassung von Eigentumswohnungen mit vorbehaltenem Nießbrauch, aber auch dem in der Praxis nicht so häufigen Zuwendungsnießbrauch. Vielfach werden hier die für sonstige Verträge üblichen Formulierungen des Nießbrauchs verwendet, ohne die Besonderheiten des Nießbrauchs beim Wohnungseigentum zu beachten. *Schmidt* wendet sich insbesondere dagegen, die Vorschrift des § 1066 BGB als „Eingangspforte“ zur Beantwortung der hierbei auftauchenden Fragen heranzuziehen (so die h.M., vgl. z.B. *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. Rdnr. 2951; *Weitnauer*, WEG, 8. Aufl. § 3 Rdnr. 9; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 30; *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl. Anh. § 3 Rdnr. 46). Praktisch geht es v.a. um die Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang der Nießbraucher stimmberechtigt ist. *Schmidt* vertritt hier mit guten Gründen die Meinung, daß trotz der Nießbrauchsbestellung und der damit verbundenen, dinglichen Abspaltung von Eigentümerbefugnissen allein der Eigentümer berechtigt ist, bei Versammlungen abzustimmen. Die Rechtslage ist hier vergleichbar wie beim Stimmrecht beim Nießbrauch an Gesellschaftsbeteiligungen, wo nach

richtiger Auffassung auch nur der Gesellschafter allein berechtigt ist, nach außen hin die Rechte aus dem Anteil wahrzunehmen (hierzu im einzelnen *Staudinger/Frank*, 13. Bearb. Anh. zu §§ 1068, 1069 Rdnr. 69 ff., 99 ff., 113 ff.). Soll der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers ausüben können, hilft nur eine Stimmrechtsvollmacht, die sinnvollerweise mit der Nießbrauchsbegründung erteilt wird. Regelungsbedürftig ist auch die Frage, wer das laufende Wohngeld und etwaige Sonderumlagen trägt. Im Innenverhältnis obliegt die Pflicht zur Wohngeldzahlung dem Nießbraucher (*Staudinger/Frank* a.a.O. § 1047 Rdnr. 30), und zwar entgegen *Schmidt* wohl auch hinsichtlich der Instandhaltungsrücklage, die regelmäßig im Hinblick auf die gewöhnlichen Unterhaltungs-

kosten gebildet wird. All dies zeigt, daß beim Nießbrauch am Wohnungseigentum die Beteiligten aufgerufen sind, die spezifischen wohnungseigentumsrechtlichen Fragen in der Urkunde genau zu regeln.

Die Festschrift ist jedem, der sich zu aktuellen Fragen aus dem Recht des Wohnungseigentums informieren will, zu empfehlen. Einige (Druck-)Fehler, wie z.B. in dem Beitrag von *Röll* (wo als Datum des Inkrafttretens von § 1 Abs. 4 WEG – Verbot der Begründung von Wohnungseigentum an mehreren Grundstücken – der 30.07.1993, richtig: 30.07.1973 angegeben ist) fallen nicht ins Gewicht.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

Lutter (Hrsg.), UmwG, 1996, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2573 Seiten, DM 295,-

Trotz ausgiebiger, das Gesetzgebungsverfahren begleitender Diskussionen und Erörterungen des neuen Umwandlungsgesetzes, ist mit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1995 ein großes Bedürfnis der Praxis nach einschlägiger aktueller Kommentarliteratur entstanden. Dessen ungeachtet, ließ das Erscheinen des nunmehr vorliegenden, von *Lutter* herausgegebenen, Kommentars zum Umwandlungsrecht bis Ende 1996 auf sich warten. Dies mag daran liegen, daß sich das Autorenteam aus neunzehn Bearbeitern aus Wissenschaft und Praxis zusammensetzt und somit wohl eine – auch zeitlich intensive – Koordination erforderlich war. Im Ergebnis ist der Erscheinungstermin aus heutiger Sicht jedenfalls ein Vorteil, eröffnete er doch die Möglichkeit, erste praktische Erfahrungen mit dem neuen Recht in die Kommentierung einfließen zu lassen. Folgerichtig nennt *Lutter* in seinem Vorwort auch als Ziel der Verfasser, „das Gesetz zu erläutern, vielfältig bereits entstandene Fragen zu klären und mögliche Lücken zu schließen“. Dieser Zielsetzung wird der Kommentar in hervorragender Weise gerecht, wenngleich selbstverständlich auch künftig immer neue Aspekte auftauchen werden (zu nennen wäre etwa die interessante Frage, inwieweit die Regelung der Monatsfrist, innerhalb derer dem Betriebsrat der Umwandlungsvertrag/Beschluß bzw. sein Entwurf zugeleitet werden muß, dispositiv ist, vgl. *Melchior*, GmbHR 1996, 833, 837). Im einzelnen:

Als Gesetzeskommentar folgt die Bearbeitung zwangsläufig dem Aufbau und der Gliederung des Gesetzes. Da Umwandlungen aber neben organisatorischen Gründen sehr häufig steuerlich motiviert sind, findet sich jeweils ein Anhang nach der Kommentierung zur Verschmelzung, zur Spaltung, zur Ausgliederung, zur Vermögensübertragung und zum Formwechsel, in welchem die Steuerfolgen zum jeweiligen Umwandlungsvorgang erörtert werden. Steuerliche Fragen werden somit sehr übersichtlich im jeweiligen Kontext der betreffenden Umwandlung behandelt. Der Kommentierung vorangestellt ist eine Einleitung zum Umwandlungsrecht (von *Lutter*) und zum Umwandlungssteuerrecht (von *Schaumburg*). Besonders erwähnenswert sind dabei die von *Lutter* dargestellten allgemeinen und besonderen Grundsätze

zur Auslegung des Umwandlungsgesetzes (Rdnr. 19 ff. der Einleitung), die gutes Argumentationsmaterial bei Zweifelsfragen anbieten.

Aus notarieller Sicht sind die Ausführungen zu den Formerfordernissen von Umwandlungen, zum Inhalt der Umwandlungsverträge/Beschlüsse, sowie zu den Anforderungen an die jeweiligen Handelsregisteranmeldungen von besonderer Bedeutung. Hier zeichnet sich die Kommentierung durch Detailgenauigkeit und Praxisnähe aus. So findet sich etwa zu § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, wonach zum zwingenden Inhalt des Verschmelzungsvertrages unter anderem auch Angaben zu den Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen gehören, nicht nur eine kritische Stellungnahme („Die Vorschrift ist merkwürdig genug und in ihrer Art ganz und gar einmalig“), sondern in Rdnr. 61 auch ein konkreter Formulierungsvorschlag für die diesbezüglichen Angaben im Verschmelzungsvertrag. Praxisfreundlich ist die – allerdings nicht unbestrittene – Auffassung, wonach fehlende Unterlagen bei der Anmeldung der Verschmelzung nachgereicht werden können, da es bei der durch § 17 UmwG gesetzten Achtmonatsfrist nur auf die Anmeldung und nicht auf die Vollständigkeit der Eintragungsunterlagen ankomme (§ 17 UmwG Rdnr. 6). Auch die Möglichkeit der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter, der kein vollkaufmännisches Unternehmen betreibt, wird trotz der in diesem Fall nicht möglichen Eintragung der Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger entgegen dem Wortlaut des § 122 UmwG (zu Recht) bejaht. Als Schönheitsfehler muß man aber beanstanden, daß die gegenteilige Entscheidung des OLG Zweibrücken (vgl. DNotf-Report 1996, S. 42 f.) unerwähnt bleibt. Bei der Spaltung stellt sich in der Praxis häufig die Schwierigkeit der genauen Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden sollen. Wengleich hierzu in der Kommentierung zu § 126 UmwG (Rdnr. 38) für den Bereich von (Teil-)Betrieben die Bilanz „als Bezeichnungsgrundlage“ im Prinzip für ausreichend gehalten wird, wird doch deutlich, daß der den sichersten Weg suchende Praktiker auf Einzelangaben (bei Grundstücken ist dies wegen § 28 GBO zwingend) und Auffangklauseln für „vergessene Gegenstände“ (Rdnr. 41 zu § 126 UmwG) nicht verzichten sollte. Auch

für die im Bereich des Formwechsels einer GmbH in eine AG umstrittene Frage, ob bereits im Umwandlungsbeschuß entgegen dem Wortlaut von § 243 Abs. 3 S. 2 UmwG die Schaffung von 5,-DM-Aktien zulässig ist, wird eine praktische Ausweichlösung genannt, nämlich „unmittelbar nach dem Umwandlungsbeschuß – ggf. in derselben notariellen Urkunde – den Nennbetrag der Aktien von 50,- DM auf 5,- DM herabzusetzen“ (Rdnr. 10 zu § 194 UmwG).

Wenngleich in vielen Bereichen des neuen Umwandlungsrechts trefflich über Auslegung und Interpretation von Einzelfragen gestritten werden kann, kann dies nicht Gegenstand einer Rezension sein. Kritisch beurteilt werden müssen aber die Ausführungen zu den (notariellen) Kosten von Umwandlungsvorgängen. Als „Schreibfehler“ mag noch durchgehen, wenn in Rdnr. 44 zu § 2 UmwG behauptet wird, daß für die Beurkundung/Beglaubigung eines Grundbuchberichtigungsantrags im Rahmen einer Verschmelzung nach § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO eine volle Gebühr (anstatt richtig: die Hälfte der vollen Gebühr) anfällt. Zu kurz gegriffen ist jedoch der – zumindest sehr verallgemeinernde – Hinweis, daß für Beglaubigungen von Registeranmeldungen nach §§ 45, 141 KostO eine Viertel-Gebühr, höchstens jedoch 250,- DM zu berechnen sind (so Rdnr. 8 zu § 16 UmwG und Rdnr. 25 vor § 190 UmwG). Häufig hat der Notar nämlich auch die Registeranmeldung zu entwerfen, wofür dann nach §§ 145, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO eine 5/10-Gebühr zu erheben ist. Aus Sicht der

Praxis etwas befremdlich mutet im übrigen die kostenrechtliche Erörterung der Beurkundung von Registeranmeldungen an (vgl. die genannten Fundstellen). Zwar spricht § 38 Abs. 2 KostO von einer solchen Beurkundung, es dürfte jedoch schwierig sein, hierfür ein Belegexemplar aus der Praxis zu erlangen, da bei Registeranmeldungen praktisch immer eine Beglaubigung der Unterschrift erfolgt (wobei dann eben kostenrechtlich danach zu unterscheiden ist, ob der beglaubigende Notar den Text der Anmeldung entworfen hat oder nicht). Im kostenrechtlichen Bereich der Kommentierung empfiehlt sich also für die zweite Auflage eine Überarbeitung, die dann auch die Änderungen im Bereich der §§ 26, 27 KostO, die aufgrund der erst kürzlich erfolgten Gesetzesänderung nicht mehr berücksichtigt werden könnten, beinhalten sollte.

Als Fazit bleibt zu sagen: Aufgrund der sich in immer kürzeren Zeitintervallen vollziehenden Unternehmensumstrukturierungen und angesichts der zunehmenden (und zutreffenden) kritischen Haltung gegenüber Auslandsbeurkundungen (vgl. *Goette*, DStR 1996, S. 709) wird der Bedarf für die Beratungs- und Beurkundungstätigkeit des Notars im Bereich des Umwandlungsrechts künftig eher zunehmen. Sowohl für diejenigen, die hier einen schnellen Einstieg suchen, als auch für jene, die Lösungen zu speziellen Problemen benötigen, ist der „Lutter“ ein exzellentes Hilfsmittel.

Notarassessor *Dr. Dirk Steiner*, München

Peter F. Schlosser, EuGVÜ Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, 391 Seiten, DM 68,-

Niemand ist geeigneter, das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen kompetent zu interpretieren als *Schlosser*. Hat er doch als Rapporteur des 1. Beitrittsübereinkommens von 1978 mit Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich seinen schon legendären und weltweit bekannten *Schlosser*-Bericht verfaßt. Die Kunde hiervon erreichte auch die so kühlen und distinguierten Gesetzeschmiede von Westminster. Entgegen aller bisherigen Übung schrieben sie in den Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 sec. 3 (3) (b): „The report by Professor Peter *Schlosser* on the Accession Convention may be considered in ascertaining the meaning or effect of the Conventions and shall be given such weight as is appropriate in the circumstances.“ Vorher wurde keinem Professor vom Kontinent, erst recht keinem deutschen, eine solche Erwähnung auf der Insel zuteil.

Schlossers Sicht der Dinge ist auf das von Brüssel ausgehende Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen nicht beschränkt. Er sieht es zusammen mit den beiden Haager Übereinkommen über die Zustellung und die Beweisaufnahme als Hauptsäulen eines im Entstehen befindlichen transnationalen Zivilprozeßrechts in Europa. Ohne die Kommentierung auch der Haager Übereinkommen würde man

„auseinanderreißen, was praktisch zusammengehört“ (S. V). Zudem findet sich in Art. 20 Abs. 3 GVÜ eine Verweisung auf das Haager Zustellungsübereinkommen.

In der Einl. Rdnr. 4 bedauert *Schlosser*, daß das GVÜ in Art. 2 als Kompetenzanknüpfung den Wohnsitz und nicht den gewöhnlichen Aufenthalt benutzt.

Art. 1 GVÜ erfaßt nur Zivil- und Handelssachen. Gebührenforderungen deutscher Notare fielen nach bisher allgemeiner Meinung aus dem Anwendungsbereich des Brüsseler und des Luganer Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens. Diese Qualifikation erachtet *Schlosser* Rdnr. 12 als durch die „Sonntag“-Entscheidung des EuGH NJW 1993, 2091 = IPRax 1994, 37 (Heß 10) „wohl überholt“. Folgt man dieser konventionsimmanenten zivilrechtlichen Qualifikation, so hätten die deutschen Notare die Chance, ihre vollstreckbaren Kostenfestsetzungen (§ 156 KostO) in den anderen Vertragsstaaten als Vollstreckungstitel i.S. von Art. 50 GVÜ für vollstreckbar erklären zu lassen. Doch subsumiert *Schlosser* Art. 50 EuGVÜ Rdnr. 1 die Kostenfestsetzung der Notare nicht unter Art. 50, gibt allerdings keine Begründung für diese Ausgrenzung. Lehnt man die Anwendung des Art. 50 ab, so könnte man noch untersuchen, ob eine Entscheidung i.S. des Art. 25 vorliegt, auf die Art. 31 ff. direkt anwendbar wären. Art. 25 erwähnt die Kostenfestsetzungsbeschlüsse der Urkundsbeamten, verlangt aber eine gerichtliche Entscheidung. Bei großzügiger erweiternder Auslegung könnte man die Anwendung der Art. 31 ff. auf notarielle Kostenfestsetzungen bejahen. Doch wäre es näherliegend, diese unter die vollstreckbaren Urkunden des Art. 50 zu subsumieren.

Für die Arbeit des Notars wichtig ist, daß die Nachlasssachen i.S.d. §§ 72 ff. FGG nicht in den Anwendungsbereich des GVÜ fallen, weil Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 GVÜ alle erbrechtlichen Verfahrensgegenstände ausklammert (*Schlosser* Art. 1 EuGVÜ Rdnr. 18). Das gleiche gilt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Erbanteilsübertragungen. Wird z.B. in einen Erbteilskauf eine Zuständigkeitsvereinbarung mitaufgenommen, so gilt das autonome Recht (§ 38 ZPO), nicht Konventionsrecht (Art. 17).

Neben den dinglichen Klagen i.S.d. Art. 16 Nr. 1a) GVÜ dürfte Art. 17 GVÜ für die kautelarjuristische Gestaltungsarbeit des Notars die größte Rolle spielen. Diese Norm divergiert nicht unerheblich von der Parallelvorschrift des § 38 ZPO. Sie unterscheidet nicht zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten und sie läßt Zuständigkeitsvereinbarungen – anders als § 38 Abs. 1 Nr. 1 ZPO – bereits vor Entstehen der Streitigkeit zu. Damit ist die Aufnahme einer Gerichtsstandsklausel in den materiellrechtlichen Hauptvertrag möglich (Ausnahmen gelten nur nach Maßgabe von Art. 12, 15, 17 Abs. 5 GVÜ in Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeits-sachen). Dies ist auch für den Notar ein wichtiger Punkt bei der Formulierung von Verträgen, die einen Auslandsbezug haben oder möglicherweise bekommen können. Auch die Prorogationsbeschränkung des § 38 Abs. 2 S. 3 ZPO kennt das Übereinkommen nicht. Treffend wendet sich *Schlosser* Art. 17 EuGVÜ Rdnr. 6 gegen ungeschriebene Anwendungsschranken für Art. 17 GVÜ, die mitunter in der Literatur diskutiert werden, vgl. *Samleben* RabelsZ 59 (1995), 670. Art. 17 GVÜ kommt daher auch dann zur Anwendung, wenn ein Bezug zu einem anderen Vertragsstaat nicht besteht. Art. 17 GVÜ und nicht § 38 ZPO gilt also, wenn eine GmbH in Nürnberg mit einem Unternehmen in Prag die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte eines Vertragsstaates (in Nürnberg, Paris oder Zürich) vereinbart.

Der EuGH Slg. 1992 I 1756 = IPRax 1993, 22 (Koch 19) legt den Begriff „Vereinbarung“ i.S. des Art. 17 GVÜ sehr weit aus und subsumiert auch Satzungen juristischer Personen hierunter, hierzu *Geimer* in Festschrift *Schippel*, 1996, 869.

Die von Art. 17 Abs. 1 GVÜ aufgestellten Schriftformerfordernisse sind vertragsautonom auszulegen. Die Frage, ob die notarielle Beurkundung die Form des Art. 17 GVÜ wahrt, läßt sich daher nicht mit dem schlichten Hinweis auf § 126 Abs. 3 BGB beantworten. Sie ist aber zu bejahen. Bisher steht noch nicht einmal fest, ob Art. 17 GVÜ eigenhändige Unterschriften verlangt. Dafür plädiert *Schlosser* Art. 17 EuGVÜ Rdnr. 19. Dieses Erfordernis ist durch die notarielle Niederschrift (§§ 9, 13 BeurkG) gewahrt.

Die Rechtsprechung hat die Anwendung der Heilungsvorschrift des § 187 ZPO bzw. des dahinter stehenden allgemeinen Rechtsgedankens im Anwendungsbereich des Haager Zustellungsübereinkommens abgelehnt und damit nach *Schlosser* Art. 27 EuGVÜ Rdnr. 12 „ans Absurde grenzende Anerkennungshindernisse“ im Rahmen des Art. 27 Nr. 2 GVÜ (wie übrigens auch des § 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO und § 16a Nr. 2 FGG) etabliert. Er verweist auf den Paradefall des BGH RIW 1993, 673: Ersatzzustellung an eine GmbH erfolgt versehentlich in deren Geschäftslokal anstatt richtig in der Wohnung des Geschäftsführers. Daran lassen der BGH und der EuGH die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer englischen Entscheidung scheitern. Zu Recht sieht *Schlosser* Art. 27 EuGVÜ Rdnr. 13 hier eine Verletzung des durch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Justizgewährungsanspruchs des Klägers.

Prägnant faßt *Schlosser* Art. 1 HZÜ Rdnr. 2 ff. die sehr kontroverse Literatur und Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des Haager Zustellungsübereinkommens zusammen. Er plädiert dafür, die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 1 EuGVÜ auch bei der Auslegung des Art. 1 HZÜ zu beachten. So seien im Verhältnis der EuGVÜ-Vertragsstaaten untereinander seit der Sonntag-Entscheidung des EuGH NJW 1993, 2091 Klagen wegen Amtspflichtverletzung eines Lehrers als Zivilsachen im Sinne des Art. 1 HZÜ zu behandeln, obwohl das deutsche Recht (Art. 34 GG, § 839 BGB) eine solche Klage öffentlich-rechtlich qualifiziert.

Privatpersonen haben nicht die Möglichkeit, sich unmittelbar an die Zentralen Behörden (Art. 3 HZÜ) zu wenden, *Schlosser* Art. 3 HZÜ Rdnr. 1. In Deutschland sind die Prüfungsstellen (i.d.R. der Landgerichtspräsident, § 9 ZRHO) einzuschalten. Der Kommentar behandelt nicht die Vorgehensweise, wenn ein Notar eine Auslandszustellung durchführen will. Er ist sicher keine Privatperson in dem von *Schlosser* erörterten Sinne, sondern eine „zuständige Behörde“ i.S. des Art. 3 Abs. 1 HZÜ, arg. § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Er kann sein Zustellungsersuchen jedoch nicht direkt an die Zentrale Behörde des Auslands versenden, sondern muß es – da die Pflege der auswärtigen Beziehungen Deutschlands nach Art. 32 Abs. 1 GG Sache der Exekutive ist – dem Landgerichtspräsidenten nach § 9 ZRHO vorlegen.

Den deutschen Widerspruch gegen die Zulassung der direkten Postzustellung (Art. 10 lit. a HZÜ), die die Einschaltung der deutschen Rechtshilfebehörden überflüssig und damit auch eine Kontrolle des Inhalts der zuzustellenden Schriftstücke unmöglich macht, beruht nach *Schlosser* Art. 10 HZÜ Rdnr. 1 auf der „kleinlichen Vorstellung“, die Zustellung eines Schriftstücks sei ein Hoheitsakt. Er äußert sich daher auch distanziert gegenüber BVerfG NJW 1995, 649. In der Tat ist es schwer verständlich, weshalb sich Deutschland auch im Bereich der Europäischen Union gegen jede Form der direkten Zustellung sträubt und als einziger EU-Staat einen Widerspruch nach Art. IV Abs. 2 des Protokolls zum EuGVÜ erklärt hat.

Hat ein ausländischer Staat völkerrechtswidrig in Deutschland unter Umgehung der zuständigen deutschen Zentralen Behörde (Art. 3 HZÜ) direkt zugestellt, so will *Schlosser* Art. 27 EuGVÜ Rdnr. 13 und Art. 10 HZÜ Rdnr. 3 im Interesse rechtsstaatlicher Prinzipien (faïres Verfahren) § 187 ZPO anwenden. Der Verstoß führt also nicht automatisch zur Verweigerung der Anerkennung; ähnlich *Geimer*, IZPR, 3. Aufl., 1997, Rdnr. 2180.

Bewunderswert ist die Meisterschaft, mit der *Schlosser* auf knappstem Raum präzise und prägnant die kompliziertesten Problemstellungen herausarbeitet und überzeugende Lösungen anbietet. Dem Buch ist eine weite Verbreitung zu wünschen. Es wird einen Sicker-effekt bewirken: Mit seiner klaren Darstellung hat es *Schlosser* verstanden, die Spezialfragen des „transnationalen Zivilprozeßrechts in Europa“ einfühlsam den Gerichten und Generalisten nahezubringen. Dies ist angesichts der ständig enger werdenden internationalen Vernetzung aller Lebensbereiche m.E. auch dringend erforderlich.

Zum Schluß eine Anregung für die nächste Auflage: Aus Notarsicht interessiert die Frage, ob und wie ein deutscher Notar bei Auslandszustellungen und Beweisaufnahmen für ausländische Verfahren (Art. 17 HBÜ) mitwirken darf und kann.

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München

Bürgerliches Recht

1. BGB § 295 Satz 1 (*Annahmeverzug durch wörtliches Angebot bei Zug um Zug zu erbringender Leistung*)

Erklärt sich der Schuldner einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung zwar bereit, die ihm geschuldete Leistung anzunehmen, verweigert er aber bestimmt und eindeutig die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung, so genügt ein wörtliches Angebot der vom Gläubiger geschuldeten Leistung, um den Annahmeverzug des anderen Teils herbeizuführen.

BGH, Urteil vom 15. 11.1996 – V ZR 292/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 18.12.1990 verkaufte der Beklagte an die Klägerin ein Grundstück zum Preise von 464.000 DM und sicherte dabei die Bebaubarkeit zu. Da der Beklagte – wie sich später herausstellte – geschäftsunfähig war, wurde der Kaufvertrag nach einer Pflegerbestellung durch notarielle Vereinbarung vom 21.2.1991 bestätigt und vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Die Zusage erwies sich als falsch. Deshalb verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 6.4.1992 als sog. großen Schadensersatz Zahlung von 710.000 DM Zug um Zug gegen Rückübertragung des Grundstücks. Der Beklagte, vertreten durch den Pfleger, erklärte sich mit Schreiben vom 15.4.1992 lediglich zur Rückabwicklung des Kaufvertrages, nicht aber zur Zahlung von Schadensersatz bereit und stellte der Klägerin anheim, „die streitige Angelegenheit einer gerichtlichen Klärung zuzuführen“.

Die Klägerin erhob daraufhin eine entsprechende Klage, die dem Beklagten am 22.5.1992 zugestellt wurde. Der Prozeß wurde nach zwei Instanzen zugunsten der Klägerin entschieden. Mit notariellem Vertrag vom 9.2.1994 übereignete die Klägerin das Grundstück an den Beklagten zurück. Die Zahlung des Schadensersatzbetrages von 710.000 DM knüpften die Parteien an das Vorliegen verschiedener zur Rückübertragung dienender Umstände, unter anderem an das Vorliegen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Am 18.6.1994 zahlte der Beklagte schließlich den Klagebetrag.

Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin Verzugschaden wegen verspäteter Erfüllung der seinerzeitigen Klageforderung in Form von Zinsaufwendungen und entgangenen Habenzinsen geltend. Sie hat für die Zeit vom 15.4.1992 bis 28.2.1994 einen Betrag von 133.949,61 DM sowie weitere Zinsen auf die Forderung von 710.000 DM für die Zeit vom 1.3. bis 18.6.1994 verlangt. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich die Revision, mit der noch Zahlung von 130.399,61 DM sowie der weiteren Zinsen geltend gemacht wird. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Die Revision hatte mit Ausnahme des Zinsanspruchs für die Zeit vom 9.2.1994 bis 15.3.1994 Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch nach § 286 Abs. 1 BGB zu.

1. Der Beklagte war gemäß § 463 Satz 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Die Klägerin hatte sich für den sog. großen Schadensersatz entschieden, indem sie das verkaufte Grundstück zur Verfügung gestellt und den ihr durch die Nichterfüllung des Vertrages insgesamt entstandenen Schaden berechnet hatte (vgl. BGHZ 29, 148). In diesem Fall ist der auf Zahlung des Schadensersatzbetrages gerichtete Anspruch – und zwar insgesamt – inhaltlich dahin beschränkt, daß er nur Zug um Zug gegen Rückübereignung des erworbenen Grundstücks geltend gemacht werden kann. Zu Recht geht das Be-

rufungsgericht daher davon aus, daß die Klägerin einen Schuldnerverzug des Beklagten grundsätzlich nur dann bewirken konnte, wenn sie die ihr obliegende Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbot. Diese Voraussetzungen sind – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – gegeben.

a) Nach § 294 BGB muß die Gegenleistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (BGHZ 116, 244, 249 m.w.N.). Daran fehlt es. Die Klägerin hat zwar ihre Bereitschaft erklärt, die Rückübereignung jederzeit vorzunehmen. Sie hat es jedoch unterlassen, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die zur Vornahme der Rückübereignung erforderlich sind. Dazu gehört die Mitteilung eines Termins zur Beurkundung bei einem bereiten Notar (BGHZ 116, 244, 250). Entgegen der Auffassung der Revision genügt auch nicht die Klage auf Zahlung Zug um Zug gegen Rückübereignung den Anforderungen. Zwar wäre es möglich gewesen, im Rahmen eines Prozeßvergleichs die Rückübereignung vorzunehmen. Die Erhebung der Klage schafft jedoch nur eine Voraussetzung für den Vergleichsschluß, sie enthält nicht das Angebot zum Abschluß eines die Rückübereignung umfassenden Vergleichs.

b) Nach § 295 Satz 1 BGB reicht jedoch ein wörtliches Angebot aus, um den Annahmeverzug herbeizuführen, wenn der Gläubiger bestimmt und eindeutig erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Diese Voraussetzungen, die das Berufungsgericht ohne nähere Prüfung verneint hat, sind hier erfüllt. Sie ergeben sich aus dem Schreiben des gesetzlichen Vertreters des Beklagten vom 15.4.1992, das der Senat, da es an einer tatrichterlichen Würdigung fehlt und weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind, selbst auslegen kann. Zwar heißt es in diesem Schreiben – worauf auch die Revisionserwiderung hinweist – zunächst, daß die Schadensersatzforderung, soweit sie über die Kaufsumme hinausgehe, „derzeit“ zurückgewiesen werden müsse. Dies kann den Anschein erwecken, als sei das letzte Wort noch nicht gesprochen. Am Schluß des Schreibens wird jedoch der Klägerin unmißverständlich anheimgestellt, die streitige Angelegenheit einer gerichtlichen Prüfung zuzuführen. Bei verständiger Würdigung konnte sie daraus nur den Schluß ziehen, daß der Beklagte ihr Verlangen nach Schadensersatz, Zug um Zug gegen Rückübereignung, endgültig ablehnte. Dem entsprach auch das weitere Prozeßverhalten des Beklagten.

Daß der Beklagte bereit war, ein Angebot der Klägerin auf Rückübereignung – für sich genommen – anzunehmen, steht der Anwendung des § 295 Satz 1 BGB nicht entgegen. Denn er lehnte es gleichzeitig ab, die berechtigte Forderung nach Schadensersatz in Höhe von 710.000 DM zu erfüllen. Damit bestand gerade keine uneingeschränkte Annahmebereitschaft. So wie die Annahme geschuldet war, lehnte sie der Beklagte ab. Während bei Vorlage eines tatsächlichen Angebots die nur eingeschränkte Annahmebereitschaft nach § 298 BGB den Annahmeverzug des Gläubigers zur Folge hat, so bewirkt die vorab erklärte, nur eingeschränkte Annahmebereitschaft des Gläubigers, daß der Schuldner eines tatsächlichen Angebots enthoben ist und die ihm obliegende Leistung wörtlich anbieten kann, um den Annahmeverzug herbeizuführen.

c) Das wörtliche Angebot der Klägerin liegt in der auf Zug-um-Zug-Leistung gerichteten Klageerhebung. Mit der

Zustellung am 22.5.1992 ist der Beklagte damit sowohl in Annahmeverzug als auch in Schuldnerverzug (§ 284 Abs. 1 Satz 2 BGB) geraten.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Verzugsseintritt auch nicht mit der Begründung geleugnet werden, es habe dem Beklagten als Geschäftsunfähigem zugestanden, die Rechtsfragen gerichtlich klären zu lassen. Der Schutz des Geschäftsunfähigen im Rechtsverkehr wird durch die erforderliche Vertretung gewährleistet. Der Vertreter hat dessen Interessen wahrzunehmen, muß sich aber wie jeder andere verhalten, der am Rechtsverkehr teilnimmt. Schätzt er die Rechtslage falsch ein, treffen die Rechtsfolgen den Vertretenen. Anhaltspunkte dafür, daß im vorliegenden Fall ein Verzug wegen entschuldbaren Rechtsirrtums zu verneinen ist (§ 285 BGB), sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auch der Umstand, daß die Rückübereignung des Grundstücks der vormundschaftlichen Genehmigung bedurfte, berührt nicht die Frage des Verzuges. Der Beklagte war nach § 463 Satz 1 BGB unbedingt zur Leistung verpflichtet. Das Erfordernis der Genehmigung zur Erfüllung der Leistungspflicht hindert weder den Eintritt der Fälligkeit noch des Verzuges.

2. Infolgedessen hat der Beklagte den geltend gemachten und der Höhe nach nicht bestrittenen Schaden ab Verzugsseintritt, somit ab dem 22.5.1992, bis zum Abschluß der Rückübertragungsvereinbarung vom 9.2.1994 zu ersetzen.

...

2. VerbrKrG §§ 1, 6 (*Entsprechende Anwendung des VerbrKrG auf Schuldbeitritt zum Kreditvertrag*)

1. **Das Verbrauchercreditgesetz ist auf den Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag entsprechend anwendbar.**
2. **Ist der Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag in entsprechender Anwendung des § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig, so tritt eine Heilung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG nicht dadurch ein, daß der Kreditnehmer das Darlehen empfängt oder den Kredit in Anspruch nimmt.**
3. **Eine Heilung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG findet auch dann nicht statt, wenn der Beitretende aus der Auszahlung des Darlehens an den Kreditnehmer mittelbar Vorteile erlangt.**

BGH, Urteil vom 12.11.1996 – XI ZR 202/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde wegen Ansprüchen der beklagten Sparkasse aus einer Mithaftungserklärung der Klägerin für Kreditverbindlichkeiten ihres Ehemannes.

Im Januar 1992 gewährte die Beklagte dem Ehemann der Klägerin für dessen seit 1989 bestehenden Garten- und Landschaftsbaubetrieb zwei Investitionskredite über insgesamt 200.000 DM. Dafür übernahm die Klägerin, die neben ihrem Studium an einer Fachhochschule im Betrieb ihres Ehemannes mithalf, am 21.1.1992 in einer gesonderten, von der Beklagten vorbereiteten Urkunde die Mithaftung. Angaben über die Art und Weise der Kreditrückzahlung, die Vertragsbeendigung und zu den Zinsen und Kosten des Kredits enthält die Urkunde nicht.

Aus Anlaß der Aufnahme eines eigenen Darlehens bestellte die Klägerin im September 1993 der Beklagten eine Grundschuld über

350.000 DM an ihrer Eigentumswohnung, gab ein Schuldanerkenntnis in gleicher Höhe ab und unterwarf sich in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Nach der getroffenen Sicherungsabrede sichern die Grundschuld und das Schuldanerkenntnis alle bestehenden und künftigen, auch bedingten und befristeten Ansprüche der Beklagten aus ihrer Geschäftsverbindung mit der Klägerin.

Als der Ehemann der Klägerin seinen Verpflichtungen aus den Investitionskrediten nicht mehr nachkam, ließ die Beklagte der Klägerin, die inzwischen von ihrem Ehemann getrennt lebt, eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde zustellen und kündigte die Zwangsvollstreckung daraus an.

Mit ihrer Vollstreckungsabwehrklage begehrt die Klägerin, die Vollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde wegen aller Ansprüche aus ihrer Mithaftungserklärung vom 21.1.1992 für unzulässig zu erklären. Sie ist der Ansicht, die Sicherungsabrede erfasse Ansprüche der Beklagten aus der Mithaftungserklärung nicht. Überdies sei die Mithaftung nach dem Verbrauchercreditgesetz und nach § 138 BGB unwirksam.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Die Revision der Klägerin ist begründet.

Aus den Gründen:

I. ...

Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Ansprüche aus der Mithaftungserklärung der Klägerin vom 21.1.1992, deretwegen die Beklagte die Vollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde betreibt, von der Sicherungsabrede erfaßt werden. Durch die Mithaftungserklärung war bereits eine Geschäftsverbindung zwischen den Parteien begründet worden. Dementsprechend stellen auch die Ansprüche aus dieser Mithaftungserklärung „Ansprüche aus der Geschäftsverbindung“ im Sinne der Sicherungsabrede dar.

II. Mit Erfolg wendet die Revision sich aber dagegen, daß das Berufungsgericht die Mithaftungserklärung der Klägerin nach den Vorschriften des Verbrauchercreditgesetzes als wirksam angesehen hat.

1. ...

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten, soweit sie die Frage einer Heilung gemäß § 6 Abs. 2 VerbrKrG betreffen, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Schuldbeitritt der Klägerin vom 21.1.1992 ist gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig.

a) Nicht zu beanstanden und von der Revision als ihr günstig auch nicht angegriffen ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, auf den Schuldbeitritt der Klägerin sei das Verbrauchercreditgesetz anwendbar. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, daß das Verbrauchercreditgesetz auf den Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag entsprechend anwendbar ist und die entsprechende Anwendung nicht voraussetzt, daß neben dem Beitretenden auch der Kreditnehmer Verbraucher ist (vgl. BGH, Urteil vom 5.6.1996 – VIII ZR 151/95, WM 1996, 1258 ff. mit zustimmender Anmerkung von *Bülow* EWiR 1996, 813 f. und von *Pfeiffer* LM § 1 VerbrKrG Nr. 5 sowie BGH, Urteil vom 10.7.1996 – VIII ZR 213/95, WM 1996, 1781, 1782, beide Urteile zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Danach ist das Verbrauchercreditgesetz auf den hier in Rede stehenden Schuldbeitritt entsprechend anzuwenden, da die persönlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 VerbrKrG nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Klägerin erfüllt sind.

b) Das Berufungsgericht hat daher zu Recht die Beitrittsvereinbarung vom 21.1.1992 an den Voraussetzungen dieser Be-

stimmung gemessen und ist auch zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß sie dem Formerfordernis des § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG in der damals gültigen Fassung vom 17.12.1990 (BGBl. I S. 2840) nicht genügt. Denn nach § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG a.F. war die Schriftform im Sinne des § 126 BGB einzuhalten. Gemäß § 126 Abs. 2 BGB muß bei einem Vertrag die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen; bei Aufnahme mehrerer gleichlautender Vertragsurkunden genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Schon diesen Anforderungen ist hier nicht genügt. Überdies enthält die von der Klägerin unterzeichnete Mithaftungserklärung nicht alle in § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VerbrKrG a.F. geforderten Angaben. Insbesondere fehlen die Angaben nach Nr. 1 c) zur Art und Weise der Kreditrückzahlung oder zur Regelung der Vertragsbeendigung und die Angaben nach Nr. 1 d) zu Zinsen und Kosten des Kredits. Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, ob bei einem Schuldbeitritt, auf den das Verbraucherkreditgesetz entsprechende Anwendung findet, von den in § 4 Abs. 1 VerbrKrG genannten Angaben alle oder nur diejenigen erforderlich sind, die geeignet sind, dem Beitretenden über die Höhe seiner Mitverpflichtung und über die Zahlungsweise Aufschluß zu geben (für eine solche Einschränkung *Ulmer/Timmann*, Festschrift für *Heinz Rowedder* S. 503, 520 f.; *MünchKomm/Ulmer*, 3. Aufl. § 4 VerbrKrG Rdnr. 16; a.M. etwa *Scholz*, Verbraucherkreditverträge 2. Aufl. Rdnr. 258; *Münstermann/Hannes*, Verbraucherkreditgesetz Rdnr. 201; *Hagena*, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht S. 39 ff.).

c) Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Form des § 4 Abs. 1 VerbrKrG ist nach dem entsprechend anzuwendenden § 6 Abs. 1 VerbrKrG die Nichtigkeit des Schuldbeitritts. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Formfehler nicht durch Auszahlung der Darlehensmittel an den Ehemann der Klägerin nach § 6 Abs. 2 VerbrKrG geheilt worden.

aa) Nach dieser Vorschrift tritt Heilung ein, „soweit der Verbraucher das Darlehen empfängt oder den Kredit in Anspruch nimmt“. Die als Verbraucherin zu schützende Klägerin hat das Darlehen nicht empfangen oder in Anspruch genommen. Sie hatte als lediglich Mithaftende auch keinen Anspruch auf Gewährung des Darlehens. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe als mittelbar Begünstigte das Darlehen empfangen und in Anspruch genommen, schafft Feststellungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten, die vom Verbraucherkreditgesetz vermieden werden sollen.

bb) Eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 2 VerbrKrG auf den Schuldbeitritt in der Weise, daß mit Auszahlung der Darlehensmittel an den Darlehensnehmer Heilung eintritt (dafür *Ulmer/Timmann* a.a.O. S. 523 f. und *MünchKomm/Ulmer*, 3. Aufl. § 6 VerbrKrG Rdnr. 15), ist vom Sinn und Zweck dieser Vorschrift her nicht gerechtfertigt. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 11/5462, S. 21) soll § 6 Abs. 2 VerbrKrG (§ 5 Abs. 2 des Entwurfs) den Verbraucherkreditnehmer, der sich auf die Nutzung des Darlehenskapitals eingestellt hat, davor schützen, gemäß § 812 BGB das Darlehenskapital sofort zurückzahlen zu müssen. Dem Kreditgeber soll dabei – anders als bei einer Lösung nach dem Modell des § 1 a Abs. 3 AbzG – nicht auferlegt werden, das Darlehen für die vereinbarte Laufzeit zinslos zur Verfügung zu stellen; vielmehr soll auch seinem Interesse an dem Erhalt von Zinsen und sonstigen Kreditkosten angemessen Rechnung getragen werden. Dieser Gesetzeszweck paßt für Fälle der vorliegenden Art nicht. Der Mithaftende soll nach den vertraglichen Vereinbarungen kein Darlehen erhalten. Für ihn kommt im

Falle der Formnichtigkeit seines Schuldbeitritts eine Verpflichtung zur Rückzahlung der an den Darlehensnehmer ausgezahlten Darlehensmittel nicht in Betracht.

cc) Schließlich würde dem mithaftenden Verbraucher der Schutz, den man ihm durch die entsprechende Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf seinen Schuldbeitritt gewähren will, weitgehend wieder entzogen, wenn man davon ausginge, Formfehler im Sinne des § 6 Abs. 1 VerbrKrG würden entsprechend § 6 Abs. 2 VerbrKrG durch Auszahlung der Darlehensmittel an den Darlehensnehmer geheilt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dann konsequenterweise bei Auszahlung des Darlehens an den Darlehensnehmer auch die in § 7 Abs. 3 VerbrKrG getroffene, das Widerrufsrecht nach § 7 Abs. 1 VerbrKrG einschränkende Regelung auf den Beitretenden entsprechend angewandt werden müßte. Die Wirksamkeit des Widerrufs wäre danach von der Rückzahlung des Darlehens binnen einer zweiwöchigen Frist abhängig, so daß der Beitretende sein Widerrufsrecht praktisch kaum durchsetzen könnte.

III. Nach alledem kann die Beklagte aus der Mithaftungserklärung der Klägerin vom 21.1.1992 keinerlei Ansprüche herleiten. Da es insoweit an einer durch die Grundschuld und das in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene Schuldanerkenntnis gesicherten Forderung fehlt, ist die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde unzulässig, soweit sie von der Beklagten zur Befriedigung von Ansprüchen aus der vorgenannten Mithaftungserklärung betrieben wird.

3. BGB §§ 505 Abs. 2, 652 (*Zur Bindung des Vorkaufsberechtigten an Maklerklausel*)

Zur Bindung des Vorkaufsberechtigten an die Vereinbarung im Erstvertrag, durch die sich der Erstkäufer in Form einer sogenannten Maklerklausel (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.1962 – VIII ZR 236/61, LM BGB § 505 Nr. 4) verpflichtet hat, an den Makler, der den Vertrag vermittelte, Provision zu zahlen.

BGH, Urteil vom 14.12.1995 – III ZR 34/95 –

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger, ein Makler, erhielt von den Eigentümern eines Anwesens in F., das mit einem Vorkaufsrecht der Beklagten belastet war, den Auftrag, einen Käufer nachzuweisen. Der Kläger wies als Käuferin Frau V. nach, mit der er ebenfalls einen Maklervertrag geschlossen hatte.

Im dem notariellen Kaufvertrag vom 10.9.1993, durch den Frau V. das Anwesen für 2 375 000 DM kaufte, wurde unter Ziffer XV vereinbart:

„Dieser Vertrag wurde von der Firma B. ... vermittelt.

Der Verkäufer verpflichtet sich, dem Vermittler die mit Abschluß dieses Vertrages vereinbarte Verkäuferprovision in Höhe von 1,15% ... aus dem Kaufpreis zu bezahlen.

Der Käufer verpflichtet sich, auch dem Verkäufer gegenüber, an den Vermittler die vereinbarte Käuferprovision in Höhe von 3,45% ... aus dem Kaufpreis zu zahlen.

Die Firma B. ... erhält mit dieser Vereinbarung einen selbständig begründeten Anspruch.“

Die Beklagte übe in der Folgezeit ihr Vorkaufsrecht aus.

Im Hinblick darauf nimmt der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Käuferprovision (81 937,50 DM) zuzüglich Zinsen in Anspruch. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts wird zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten (Verkäufer) ein selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten (Erstkäufer) abgeschlossen war. Danach hat der Vorkaufsberechtigte nicht nur den Kaufpreis zu zahlen, sondern schlechthin diejenigen Leistungen zu erbringen, die dem Erstkäufer nach dem Kaufvertrag obliegen hätten (BGH, Urteile vom 13.7.1960 – V ZR 62/59, LM BGB § 505 Nr. 2, vom 28.11.1962 – VIII ZR 236/61, LM a.a.O. Nr. 4 und BGHZ 77, 359, 362). Von diesem Grundsatz ergeben sich allerdings Ausnahmen. Abgesehen von den Bestimmungen der §§ 507 und 509 BGB folgt daraus, daß nach § 505 Abs. 2 BGB nur „der Kauf“ zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande kommt, daß den Vorkaufsberechtigten solche Bestimmungen des Erstvertrages nicht verpflichten, die wesensgemäß nicht zum Kaufvertrag gehören und sich darin als Fremdkörper darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.1962 a.a.O. und BGHZ 77, 359, 362).

2. Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht in Ziffer XV des Kaufvertrages vom 10.9.1993 eine Regelung, durch die nach dem Willen der Vertragsparteien ein Anspruch der Verkäufer gegen die Käuferin auf Zahlung der Käuferprovision an den Kläger (vgl. §§ 328, 335 BGB) und zugleich ein als selbständiges Forderungsrecht ausgestalteter eigener Anspruch des Klägers begründet werden sollte. Diese besondere Art der rechtlichen Gestaltung („Maklerklausel“; vgl. hierzu einerseits v. Gerkan NJW 1982, 1742; ders. NJW 1983, 859, andererseits Hitzlberger NJW 1982, 2854; ders. NJW 1983, 860; Pehler DNotZ 1983, 22) war auf der Grundlage des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 28.11.1962 (a.a.O.) die Voraussetzung dafür, daß der Anspruch des Klägers auf die Käuferprovision den Vorkaufsfall überhaupt überdauern und sich – wie beabsichtigt – auch gegen den Vorkaufsberechtigten richten konnte; nämlich vor dem Hintergrund, daß sonst, wenn der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt, der Makler des Käufers regelmäßig seinen Provisionsanspruch verliert, weil infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts der wirtschaftliche Erfolg der Maklertätigkeit für den Käufer ausgeblieben ist (RGZ 157, 243, 244; RG DR 1939, 2107; BGH, Urteile vom 28.11.1962 a.a.O. und vom 7.7.1982 – IV a ZR 50/81, WM 1982, 1098).

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision im Ergebnis dagegen, daß das Berufungsgericht die Bestimmungen der Ziffer XV des Kaufvertrags vom 10.9.1993 nicht als solche gewertet hat, die wesensmäßig nicht zum Kaufvertrag gehören und sich darin als Fremdkörper darstellen.

a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist letzteres allerdings in der Regel der Fall bei einer Vertragsgestaltung, die – bei objektiver Betrachtungsweise – völlig außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (Synallagma) des Kaufs liegt, so nur für den Vorkaufsfall getroffen wurde und den Parteien des Erstvertrages bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringt (BGHZ 77, 359; vgl. auch BGHZ 102, 237, 241 und BGH, Urteile vom 12.11.1986 – V ZR 191/85, NJW-RR 1987, 396 f., vom 25.9.1986 – II ZR 272/85, NJW 1987, 890, vom 11.10.1991 – V ZR 127/90 [= MittBayNot 1992, 37], NJW 1992, 236 und vom 14.7.1995 – V ZR 31/94, NJW 1995, 3138 f. [= MittBayNot 1995, 448]). Wäre diese Regel im Streitfall uneingeschränkt anwendbar, so ergäben sich – wie der Revision zuzugeben ist – begründete Zweifel an der Richtigkeit der Beurteilung des Berufungsgerichts.

Es ist im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten zu unterstellen, daß die Maklerverträge, die der Kläger, bevor er den Kaufvertrag zustande brachte, mit den bisherigen Eigentümern einerseits und mit der Kaufinteressentin andererseits geschlossen hatte, jeweils schon dieselben Provisionsverpflichtungen der Vertragspartner des Klägers nach den Prozentsätzen enthielten, wie sie in der Kaufvertragsurkunde vom 10.9.1993 aufgeführt sind; d.h., der Kläger hatte für seine Maklertätigkeit von den Verkäufern eine Provision von 1,15% und von der Käuferin eine solche von 3,45% des Kaufpreises verlangt und verbindlich versprochen bekommen. War aber die Provisionspflicht der Verkäufer in dem zugrundeliegenden Maklervertrag mit dem Kläger von vornherein auf 1,15% begrenzt worden, so ist ein besonderes eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse der Verkäufer daran, daß die Käuferin die mit 3,45% bereits zwischen ihr und dem Kläger festgelegte Provision nochmals in der Kaufvertragsurkunde versprach – und zwar dergestalt, daß dieses Versprechen im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten diesem gegenüber Bestand behielt –, schwerlich erkennbar. Es deutet auf dieser Grundlage vielmehr alles darauf hin, daß die Provisionsklausel in Ziffer XV des Kaufvertrages als solche nur auf den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts, das die Vertragspartner kannten, zugeschnitten war (aus dieser Sicht wird von einem Teil der Fachliteratur bei einer solchen Fallgestaltung eine Bindung des Vorkaufsberechtigten abgelehnt; vgl. *Altmeyden*, Provisionsansprüche bei Vertragsauflösung [1987], S. 153 ff., 136; *Schmidt*, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei Störungen des Hauptvertrages [1995], S. 104 ff., 106 f.).

b) Die dargestellten Grundsätze der neueren Rechtsprechung seit BGHZ 77, 359 bedürfen jedoch, soweit es um die Beurteilung von Bestimmungen im Kaufvertrag über Maklerkosten geht, gewisser Einschränkungen.

In dem Urteil vom 28.11.1962 (a.a.O.) – also zu einer Zeit, als die in BGHZ 77, 359 entwickelten Grundsätze so noch nicht formuliert waren – hat der Bundesgerichtshof den Standpunkt vertreten, wenn der Käufer im Kaufvertrag nicht nur dem Makler seinen Lohn, sondern darüber hinaus dem Verkäufer verspreche, diesen Lohn an den Makler zu zahlen, dann sei dieses Versprechen seinem sachlichen Gehalt nach nicht mehr Teil des Maklervertrages, sondern Teil des zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages. Die Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer sei insoweit auch sachlich ebensowenig ein Fremdkörper innerhalb des Kaufvertrages wie eine Vereinbarung, die zwischen Verkäufer und Käufer regelt, wer die Kosten des Vertrages – im engeren oder weiteren Sinn – zu tragen habe. Ebenso wie diese gehöre der Maklerlohn, wirtschaftlich gesehen, zu den Aufwendungen anlässlich des Kaufgeschäfts, deren Aufteilung zwischen den Parteien üblicherweise im Kaufvertrag geregelt werde. Wenn der Verkäufer nach dem Vertrag aus eigenem Recht fordern könne, daß der Dritte als Käufer den Maklerlohn zahle, werde deshalb eine solche Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten als echter Bestandteil des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages auch Teil des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrages und deshalb Vertragspflicht des Vorkaufsberechtigten. In dem Urteil BGHZ 77, 359, das Projektierungskosten betrifft, heißt es hierzu, es möge noch angehen, den Vorkaufsberechtigten mit Maklerkosten des Erstkäufers zu belasten, weil diese zu den üblichen Erwerbskosten zählten, die regelmäßig im Kaufvertrag aufgeteilt würden; mit den Maklerkosten seien die geltend gemachten Projektierungskosten, die der Erstkäuferin entstanden waren, weil sie den Grundstückskauf unter allen in Betracht kom-

menden technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten aus ihrer speziellen Verwendungsabsicht auf seine Eignung für einen Grundstücksfonds prüfen ließ, nicht vergleichbar (BGHZ 77, 359, 365).

Nach Auffassung des Senats können Bestimmungen im Kaufvertrag über die Verteilung der Maklerkosten, wenn diese Kosten sich im üblichen Rahmen halten, in der Regel nicht als „Fremdkörper“ im Kaufvertrag angesehen werden; sie gehören vielmehr normalerweise wesensmäßig zum Kaufvertrag. Die Frage, wer von den Vertragsparteien welchen Anteil solcher für das Zustandebringen des Kaufvertrages angefallener Maklerkosten im Endergebnis zu tragen hat, hängt im allgemeinen ähnlich eng mit der Regelung der Höhe des Kaufpreises zusammen wie die Frage, wer im Innenverhältnis für diejenigen Vertragskosten aufzukommen hat, für die die Vertragsparteien nach außen gemeinsam haften (etwa Beurkundungskosten). Hier wie dort kann sich aus wirtschaftlichen (etwa steuerlichen) Überlegungen die völlige oder überwiegende Zuordnung zu der einen oder der anderen Vertragsseite im Rahmen der Gesamteregelung anbieten, ohne daß sich der Gesamtaufwand, den der Käufer für den Erwerb zu erbringen hat, wesentlich ändert; je höher der Anteil ist, den der Käufer übernimmt, desto geringer wird im allgemeinen der eigentliche Kaufpreis bemessen und umgekehrt. Ob die Vorstellungen über die Verteilung der Maklerkosten unter derartigen Gesichtspunkten schon in dem Maklervertrag des Eigentümers mit dem Makler und dementsprechend auch in dem nachfolgenden Maklervertrag des Maklers mit dem Kaufinteressenten ihren Niederschlag gefunden haben (und so im Kaufvertrag übernommen worden sind) oder ob das endgültige „Vertragspaket“ erstmalig in dem notariellen Kaufvertrag niedergelegt wird, kann für die Beurteilung, daß die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Maklerkosten in Form einer „Maklerklausel“ wesensgemäß zum Kaufvertrag gehört, regelmäßig keinen Unterschied machen. Es kommt also grundsätzlich auch nicht entscheidend darauf an, ob der Käufer im Kaufvertrag eine ursprünglich nur vom Verkäufer dem Makler versprochene Provision übernimmt (so in dem Sachverhalt, der dem Senatsurteil vom 15.10.1981 – III ZR 86/80, NJW 1982, 2068 f. [= DNotZ 1982, 629] zugrunde lag) oder ob – wie hier – in der Kaufvertragsurkunde bezüglich der Käuferprovision nur eine vom Käufer schon vorher gegenüber dem Makler eingegangene Verpflichtung aufgegriffen und durch eine besondere, auch den Vorkaufsberechtigten bindende Gestaltung bekräftigt worden ist (vgl. OLG Hamm DNotZ 1983, 234; OLG München BB 1977, 1627). Auch im Blick auf das schutzwürdige Interesse des Vorkaufsberechtigten, bei der Ausübung des Vorkaufsrechts den Kaufgegenstand zu eben jenen Bedingungen zu erhalten, die der Verkäufer mit irgendeinem Dritten ausgehandelt hat, also nicht schlechter gestellt zu sein als der Erstkäufer (BGHZ 77, 359, 363), ergibt sich insoweit in der Regel bei wertender Beurteilung kein Grund für eine Differenzierung (so im Ergebnis – allerdings bei einem teilweise abweichenden Ausgangspunkt – *Kempen*, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei fehlerhaftem Hauptvertrag [1984], S. 200 ff., 209 f.; vgl. auch – wohl mit der Tendenz zu jedenfalls ähnlichen Ergebnissen – *Staudinger/Reuter*, BGB 13. Aufl. §§ 652, 653 Rdnr. 99 ff., 101 m.w.N.).

c) Nach diesen Grundsätzen erweist sich im Streitfall die Beurteilung des Berufungsgerichts, die „Maklerklausel“ in Ziffer XV des Kaufvertrags vom 10.9.1993 gehöre wesensgemäß zum Kauf und verpflichte auch die Beklagte nach Ausübung ihres Vorkaufsrechts, als richtig.

4. BGB § 313 (Formbedürftigkeit eines Fertighausvertrages)

Der Fertighausvertrag ist dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhängt, wenn nämlich die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen“ sollen.

OLG Köln, Urteil vom 10.6.1996 – 18 U 213/95 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

Aus den Gründen:

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des am 3.8. bzw. 6.8.1992 zwischen den Parteien geschlossenen Fertighausvertrages gegen die Beklagten nicht zu.

Der Vertrag über den Bau eines Z.-Fertighauses ist einschließlich des zugleich erteilten Planungsauftrags nach § 125 BGB formnichtig, weil er nur privatschriftlich geschlossen wurde.

Nach § 313 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Der Fertighausvertrag enthält keine unmittelbare Verpflichtung der Beklagten zum Erwerb eines Grundstücks. Er ist auch nicht deshalb beurkundungsbedürftig, weil die Klägerin sich für den Fall der Vertragskündigung durch die Beklagten unter Ziff. 13 ihrer Vertragsbedingungen einen pauschalierten Schadensersatzanspruch in beträchtlicher Höhe ausbedungen hat. Der durch einen derartigen Schadensersatzanspruch erzeugte wirtschaftliche Druck auf die Entschließungsfreiheit des Bauherrn wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als mittelbarer Zwang zum Grundstückserwerb anerkannt, der nach dem Schutzzweck des § 313 BGB die notarielle Beurkundung erfordern würde. Der Fertighausvertrag ist aber dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhängt, wenn nämlich die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind (BGHZ 76, 43, 48 f.).

Im vorliegenden Fall hat der Fertighausvertrag in dieser Weise mit dem Grundstückskaufvertrag verknüpft werden sollen. Die Niederlegung mehrerer selbständiger Verträge in verschiedenen Urkunden begründet zwar die Vermutung, daß die Verträge nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen sollen. Der rechtliche Zusammenhang wird auch nicht allein dadurch begründet, daß für die Errichtung des Fertighauses ein Grundstück benötigt wird (BGHZ 76, 43, 49). Für den Verknüpfungswillen der Parteien sprechen aber auch andere Umstände, durch die die Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der jeweils getrennt abzuschließenden Verträge widerlegt wird.

In den Vertragsbedingungen zum Fertighausvertrag ist der Erwerb eines Grundstücks ausdrücklich zur Voraussetzung für die Leistungen der Klägerin gemacht worden. Es heißt dort unter Ziff. 2:

„Der Vertrag betrifft den Bau eines Z.-Hauses auf ein in Ihrem Eigentum stehenden oder noch zu erwerbenden Grundstück. ...“

Voraussetzung für den Beginn der Planungs- und Bauvorbereitungsphase ist, daß Sie im Besitz des Baugrundstückes sind; ...“

Nach der Werbung der Klägerin haben die Beklagten davon ausgehen dürfen, daß die Klägerin ihnen das für die Errichtung des Hauses erforderliche Grundstück verschaffen werde. In der Werbung heißt es:

„TOP-Baugrundstücke hält unser Grundstücksexperte in fast allen Lagen im Großraum G. bereit.“

Der Berufungsvortrag der Klägerin, ihr Außendienst sammle lediglich aus Kundendienstgründen Informationen über zu erwerbende Grundstücke, die dann an interessierte Kunden weitergegeben werden könnten, sie verpflichte sich den Kunden gegenüber aber nicht, Grundstücke zu besorgen, ist mit dieser Werbung nicht vereinbar.

Dem von der Klägerin vorgelegten „Fragebogen zum Vertrag“ kann nicht entnommen werden, daß die Grundstücksvermittlung durch die Klägerin entfallen sollte und daß dies den Beklagten mitgeteilt oder gar von ihnen gewünscht worden ist. In dem Fragebogen ist zwar unter Ziffer 6 die Zahl 2 eingetragen, womit angeblich – was der schlecht lesbaren Kopie nicht eindeutig zu entnehmen ist – die Grundstücksvermittlung durch Bauherrn oder Dritte gemeint sein sollte. Der Fragebogen ist aber ersichtlich nicht von den Beklagten, sondern von dem Mitarbeiter der Klägerin ausgefüllt worden. Er ist von den Beklagten am 3.8.1992, d.h. bei Abschluß des Fertighausvertrages, nur unterzeichnet worden. Daß die Frage der Grundstücksvermittlung dabei erörtert worden ist, und zwar in dem genannten Sinne, trägt die Klägerin nicht vor. Einer solchen Erörterung hätte es aber bedurft, um den durch die Werbung der Klägerin erweckten Eindruck zu beseitigen, daß die Grundstücksvermittlung durch die Klägerin erfolgen werde. Dies gilt jedenfalls deshalb, weil die erkennbar geschäftlich unerfahrenen Beklagten nicht die Möglichkeit hatten, sich vor Abschluß des Vertrages mit dem Fragebogen zu beschäftigen und sich die dort bezüglich der Grundstücksvermittlung vorgesehenen Alternativen klarzumachen. Die Klägerin hat im übrigen nicht substantiiert bestritten, daß ihr Mitarbeiter den Beklagten bei den Verkaufsverhandlungen gesagt hat, sie könnten den Vertrag ruhig abschließen, denn ein Grundstück würden sie von der Firma Z. auf jeden Fall erhalten. Für die Richtigkeit dieses Vortrags spricht auch, daß der Mitarbeiter der Klägerin unstreitig das passende Grundstück beschafft und den notariellen Vertrag vorbereitet hat.

Es ist nach alledem davon auszugehen, daß die Klägerin es übernommen hatte, den Beklagten ein geeignetes Grundstück für den Bau des Fertighauses zu beschaffen. Insofern ist der vorliegende Fall mit demjenigen identisch, für den der Bundesgerichtshof eine rechtliche Verknüpfung von Bauvertrag und Grundstückserwerb bejaht hat (BGHZ 78, 346). In jenem Fall war allerdings das zu bebauende Grundstück bereits bestimmt und im Bauvertrag näher bezeichnet. Der BGH hat es aber dahinstehen lassen, ob der Verknüpfungswille der Parteien damit zu begründen war. Wenn auch ansonsten in der Rechtsprechung von einem solchen Verknüpfungswillen jeweils nur in Fällen ausgegangen worden ist, in denen ein bestimmtes Grundstück erworben werden sollte (BGH NJW 1994, 721; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045 [= MittBayNot 1995, 447]), besagt dies nicht, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Fertighausvertrag und dem Grundstücksvertrag die Festlegung auf ein bestimmtes Grundstück voraussetzt. Entscheidend ist allein der Verknüpfungswille der Parteien (BGHZ 76, 43, 49; BGHZ 78, 346, 349).

Dafür spricht auch der Umstand, daß in dem Fertighausvertrag kein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart ist, daß der Grundstückserwerb scheitern sollte. Ein solches Rücktrittsrecht wird in der Rechtsprechung als Indiz gegen einen Verknüpfungswillen gewertet (BGHZ 76, 43, 49 f.; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 295). Wird kein Vorbehalt des Grundstückserwerbes vereinbart, belegt dies den rechtlichen Zusammenhang der Verträge jedenfalls dann, wenn sich der Fertighausverkäufer um den Erwerb des Grundstücks zu kümmern hat, wie dies hier der Fall gewesen ist.

Im Ergebnis ist hiernach von der Formbedürftigkeit des Vertrages auszugehen, aus dem die Klägerin ihre Klageforderung herleiten will. Die Klageforderung ist deshalb nicht begründet.

5. BGB §§ 139, 883, 1149; GBO §§ 22, 29 (*Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung; keine unzulässige Verfallsvereinbarung, wenn Vormerkungsberechtigter pfandrechtlich nicht gesichert wurde*)

- 1. Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung ist nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, daß das Bestehen oder Entstehen des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist.**
- 2. Das Verbot des § 1149 BGB kann nicht losgelöst von der Hingabe eines dinglichen Sicherungsrechts als Schutznorm für jeden Eigentümer gegenüber seinen Gläubigern verstanden und ausgeweitet werden. Das Verbot ist unanwendbar, wenn ein Vormerkungsberechtigter pfandrechtlich nicht gesichert wurde.**
- 3. Die Beweisregel des § 139 BGB gilt im Grundbuchberichtigungsverfahren nicht.**

BayObLG, Beschluß vom 7.11.1996 – 2Z BR 111/96 –, mitgeteilt von *Johann Demhartner*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 19.10.1993 gewährte der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau ein Darlehen in Höhe von 3,9 Mio. DM. Das Darlehen war in bestimmter, näher bezeichneter Weise zu verzinsen. Zur Absicherung des Darlehens bestellte der Beteiligte zu 1 in demselben Vertrag an dem Grundstück eine Grundschuld in Höhe von 1,4 Mio. DM zuzüglich Zinsen zugunsten einer Bank. Außerdem bestellte der Beteiligte zu 1 zur Sicherung der Zinszahlungen zugunsten des Beteiligten zu 2 an näher bezeichneten Erträgen einen Nießbrauch. Schließlich bot der Beteiligte zu 1 dem Beteiligten zu 2 das Grundstück zum Kauf für 3,9 Mio. DM an. Der Beteiligte zu 1 war an dieses Angebot für die Dauer von 26 Monaten ab Auszahlung des Darlehens gebunden. Das Angebot konnte vom Beteiligten zu 2 aber nur angenommen werden, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt waren, insbesondere das Darlehen länger als zwei Monate nach dem Rückzahlungstermin noch nicht vollständig zurückbezahlt und der Darlehensnehmer mit der Zinszahlung länger als 21 Tage im Rückstand war, vom Beteiligten ermahnt worden war und nach dieser Mahnung mindestens 21 Tage verstrichen waren. Zur Sicherung dieses (bedingten und befristeten) Anspruchs des Beteiligten zu 2 wurde eine Auflassungsvormerkung bestellt und deren Eintragung im Grundbuch bewilligt. Der Nießbrauch, die Auflassungsvormerkung und die Grundschuld wurden am 29.11.1993 im Grundbuch eingetragen.

Der Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, der notarielle Vertrag enthalte eine verbotene Verfallsvereinbarung und sei deshalb nichtig. Er hat beantragt, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, daß Nießbrauch und Auflassungsvormerkung gelöscht werden. Das Grundbuchamt hat den Antrag am 21.6.1995 abgewiesen. Das Landgericht hat auf die Erinnerung/Beschwerde des Beteiligten zu 1 den Beschluß des Grundbuchamts am 10.9.1996 aufgehoben und dieses angewiesen, den Nießbrauch und die Auflassungsvormerkung zu löschen. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

Das Rechtsmittel ist begründet.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei zulässig, insbesondere stünde dem § 71 Abs. 2 GBO nicht entgegen, da nur die Anfechtung solcher Eintragungen ausgeschlossen sei, an die sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen könne. Ein solcher Fall liege hier aber nicht vor.

Die Beschwerde sei auch begründet. Die Eintragung der Auflassungsvormerkung und des Nießbrauchs habe das Grundbuch von Anfang an unrichtig gemacht.

Die Auflassungsvormerkung sei abhängig vom Bestand des gesicherten Anspruchs. Dieser sei nicht entstanden, weil der notarielle Vertrag eine nach § 1149 BGB verbotene Verfallsvereinbarung enthalte.

Auch die Bestellung des Nießbrauchs sei nichtig. Dies ergebe sich aus § 139 BGB. Nach dem notariellen Vertrag habe die Wirksamkeit des Darlehensvertrags mit der Entstehung und Eintragung eines wirksamen Vormerkungsrechts stehen oder fallen sollen. Da der Nießbrauch der Sicherung des Darlehenszinsanspruchs habe dienen sollen, der Darlehensanspruch aber wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrags nicht entstanden sei, bleibe es bei der Regelung des § 139 BGB.

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

Das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag zu Recht abgewiesen, weil nicht in der Form des § 29 GBO die Unrichtigkeit des Grundbuchs, also die Nichtübereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der wirklichen Rechtslage (§ 894 BGB), nachgewiesen wurde.

a) Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung ist nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, daß jede Möglichkeit des Bestehens oder Entstehens des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist (*Meikel/Böttcher* Grundbuchrecht 7. Aufl. § 22 Rdnr. 128; *Demharter* GBO 21. Aufl. Anhang zu § 44 Rdnr. 88; vgl. ferner BayObLG DNotZ 1994, 182/185).

Die Grundbuchunrichtigkeit eines eingetragenen Nießbrauchs, die wie hier auf das Fehlen von materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Bestellung gestützt wird, muß gleichfalls in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (*Meikel/Böttcher* § 22 Rdnr. 111).

b) Grundlage für die Eintragung der Auflassungsvormerkung und des Nießbrauchs ist die im notariellen Vertrag vom 19.10.1993 erklärte Bewilligung. Diese nimmt bezüglich des durch die Auflassungsvormerkung zu sichernden bedingten und befristeten Anspruchs auf das im gleichen Vertrag vereinbarte Kaufangebot Bezug. Ausgehend von der Rechtsbehauptung des Beteiligten zu 1 kann sich hier somit grundsätzlich

die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus den Eintragungen im Grundbuch selbst ergeben (vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 722 f.).

c) Es steht jedoch nicht mit Sicherheit fest, daß der bedingte und befristete Anspruch des Beteiligten zu 2 auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück des Beteiligten zu 1 nicht entstanden ist.

Grundsätzlich hat das Grundbuchamt das Bestehen des zu sichernden Anspruchs nicht zu prüfen. Weiß das Grundbuchamt allerdings, daß der Anspruch nicht besteht, so muß es die Eintragung der Vormerkung ablehnen, weil es nicht mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (*Demharter* Anhang zu § 44 Rdnr. 88). Einen solchen Ausnahmestandard hat der Senat dann angenommen, wenn die Einräumung eines Ankaufsrechts wegen Verstoßes gegen § 1149 BGB nichtig ist und zur Sicherung dieses Anspruchs eine Vormerkung eingetragen werden soll (BayObLG Rpfleger 1993, 58). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

Nach § 1149 BGB kann der Grundstückseigentümer, solange nicht die durch die Hypothek gesicherte Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen. Dieses gesetzliche Verbot einer Verfallsabrede gilt entsprechend für eine Grundschuld oder Rentenschuld (§ 1192 BGB) sowie für eine Reallast (§ 1107 BGB) und mit abweichendem Wortlaut, aber ohne sachliche Änderungen für das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1229 BGB) und an Rechten (§§ 1275, 1277 BGB). Das Verbot kann aber nicht losgelöst von der Hingabe eines dinglichen Sicherungsrechts als Schutznorm für jeden Eigentümer gegenüber seinen Gläubigern verstanden und ausgeweitet werden. Die §§ 1149, 1229 BGB sind somit eine Sonderregelung über die Realisierung einer dinglichen Sicherheit, d.h. eine charakteristische Voraussetzung des Verfallsverbots ist u.a. die Abrede des Verfalls einer Sicherheit in ihrer Eigenschaft als Sicherheit. Nicht aber bedeutet das Verbot die generelle Anerkennung einer besonderen Schutzwürdigkeit des Sacheigentümers (BGH NJW 1995, 2635 f.). Das Verbot der Verfallsabrede ist deshalb auf den vorliegenden Vertrag, durch den der Vormerkungsberechtigte pfandrehtlich nicht gesichert wurde, unanwendbar. Der Beteiligte zu 2 steht auch nicht deshalb einem durch Grundschulden gesicherten Gläubiger gleich, weil der Beteiligte zu 1 in demselben notariellen Vertrag zur Absicherung des Darlehens zugunsten einer Bank eine Grundschuld an dem verfallsbedrohten Grundstück bestellt hat. Die Grundschuldbestellung steht mit der Verfallsabrede in keinem inneren Zusammenhang (vgl. BGH a.a.O.); jedenfalls ist dies nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

Ferner ist nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, daß der durch die Auflassungsvormerkung zu sichernde bedingte und befristete Anspruch des Beteiligten zu 2 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Im Grundbuchverfahren kann eine Löschung unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB im Hinblick auf die oben dargelegten Rechtsgrundsätze nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Ein solcher Ausnahmefall liegt bei dem hier gegebenen umfangreichen Vertragswerk nicht vor. Sittenwidrigkeit im Sinn des § 138 Abs. 1 BGB ist abgesehen davon nur dann zu bejahen, wenn bestimmte subjektive Umstände vorliegen (vgl. BGH a.a.O.). Auch insoweit fehlt es an einem Nachweis in der Form des § 29 GBO.

d) Den Berichtigungsantrag hinsichtlich des eingetragenen Nießbrauchs stützt der Antragsteller darauf, daß die Nichtig-

keit des bedingten und befristeten Anspruchs auf Übertragung des Grundstücks nach § 139 BGB auch die Nichtigkeit des Nießbrauchs nach sich ziehe. Wie oben dargelegt ist die Nichtigkeit des durch die Auflassungsvormerkung zu sichernden Anspruchs nicht nachgewiesen. Abgesehen davon gilt die Beweisregel des § 139 BGB im Grundbuchberichtigungsverfahren nicht (BayObLG NJW-RR 1990, 722 f.).

6. GBO §§ 22, 29; BGB §§ 158, 883; ZPO § 829 (Schutz des Zweikäufers gegen Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Erstkäufers)

1. Zu den Voraussetzungen, unter denen der bei einer Auflassungsvormerkung eingetragene Pfändungsvermerk ohne die Bewilligung des Pfändungsgläubigers gelöscht werden kann, wenn der vorgemerkte Anspruch vom Schuldner zunächst unter einer aufschiebenden Bedingung abgetreten und sodann gepfändet wird.

2. Zum Nachweis des Bedingungseintritts durch öffentliche Urkunde.

BayObLG, Beschluß vom 28.11.1996 – 2 Z BR 81/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 beantragen die Löschung von zwei Auflassungsvormerkungen, bei denen Pfändungsvermerke für die Beteiligte zu 2 eingetragen sind.

Die Firma O. verkaufte im Jahre 1993 zwei Eigentumswohnungen jeweils einschließlich zweier Tiefgaragenstellplätze an den Kaufmann D.; die für ihn bewilligten Auflassungsvormerkungen wurden am 24.11.1993 im Grundbuch eingetragen. Die Firma O. und D. erklärten am 24.8.1994 vor dem Notar die Auflassung, die aber nicht im Grundbuch vollzogen wurde.

Zu notarieller Urkunde vom 21.9.1995 verkaufte D. die Wohnungen mit Stellplätzen weiter an die Beteiligten zu 1. In Abschnitt III der Urkunde ist bestimmt, daß der Kaufpreis durch Überweisung auf das Konto des Verkäufers bei den Vereinigten Sparkassen des Landkreises P. beglichen werden soll. In Abschnitt VI 2 tritt D. „zur Sicherung des Anspruchs der Käufer auf Übertragung des Eigentums ... seinen Eigentumsverschaffungsanspruch aufschiebend bedingt durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises an die Käufer ... ab, die die Abtretung annehmen“. In der mit „Auflassung“ überschriebenen Anlage I zur notariellen Urkunde, auf die dort Bezug genommen ist, tritt D. „seine Rechte aus der erklärten Auflassung an sich ... an die Käufer ab, die die Abtretung annehmen“.

Am 7.11.1995 trug das Grundbuchamt bei den Vormerkungen für D. ein, daß die „Ansprüche aus Vormerkung aufschiebend bedingt abgetreten“ sind an die Beteiligten zu 1. Am 23.11.1995 wurde eingetragen, daß die „Ansprüche aus Auflassungsvormerkung des D.“ wegen 9 720,34 DM nebst Zinsen für die Beteiligte zu 2 gepfändet sind; in dem zugrundeliegenden Pfändungsbeschluß vom 21.9.1995 waren entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 2 (1.) der angebliche Anspruch des Schuldners auf Übertragung des Eigentums an den beiden Wohnungen sowie (2.) der „dingliche Auflassungsanspruch“ gepfändet worden. Der Pfändungsbeschluß war D. durch Niederlegung am 27.9.1995, der Firma O. als Drittschuldnerin am 30.10.1995 zugestellt worden.

Am 12.1.1996 haben die Beteiligten zu 1 beantragt, sie als Eigentümer im Grundbuch einzutragen und die für D. gebuchten Auf-

lassungsvormerkungen samt allen Nebeneinträgen zu löschen. Die Löschanträge hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 25.1.1996 beanstandet. Da sowohl der durch Vormerkung gesicherte Anspruch als auch das dingliche Anwartschaftsrecht des D. gepfändet worden seien, hänge die Löschung von Vormerkungen und Pfändungsvermerken von der Bewilligung der Beteiligten zu 2 ab.

Die Beteiligten zu 1 haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt; sie haben eine Bestätigung der Vereinigten Sparkassen des Landkreises P. am 28.2.1996 vorgelegt, daß der gesamte Kaufpreis von 900 000 DM gezahlt worden sei.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1, die seit dem 12.3.1996 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind, zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

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

a) Eine Auflassungsvormerkung kann aufgrund der Bewilligung des Berechtigten nur gelöscht werden, wenn auch die Voraussetzungen für die Löschung eines bei ihr eingetragenen Pfändungsvermerks vorliegen. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Pfändungsgläubiger die Löschung bewilligt, sondern auch dann, wenn hinsichtlich dieses Vermerks die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß §§ 22, 29 GBO nachgewiesen ist (vgl. BayObLGZ 1983, 301/303 für den Verpfändungsvermerk; *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 10. Aufl. Rdnr. 1575 und 1598). Dieser Nachweis ist hier geführt; der Bewilligung der Beteiligten zu 2 bedarf es für die Löschung der Auflassungsvormerkungen nicht.

Die Pfändung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach den § 829 Abs. 1, §§ 846, 848 Abs. 1 und 2 ZPO kann im Wege der Grundbuchberichtigung bei der für den Berechtigten des Anspruchs und Vollstreckungsschuldner eingetragenen Auflassungsvormerkung vermerkt werden (BayObLG Rpfleger 1985, 58 f.; *Demharter* GBO 21. Aufl. Anh. zu § 26 Rdnr. 50; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1598). Der Anspruch kann auch noch nach der Erklärung der Auflassung gepfändet werden, solange diese nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist (BayObLGZ 1985, 332/335 m.w.N. für die Verpfändung; *Demharter* Anh. zu § 26 Rdnr. 56; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1585). Daneben kann nach der Erklärung der Auflassung das sich hieraus ergebende Anwartschaftsrecht des Berechtigten (vgl. BGHZ 49, 197/203; 106, 108/111; *Demharter* Anh. zu § 26 Rdnr. 53; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1599) gepfändet werden; auch diese Pfändung kann im Grundbuch bei der Auflassungsvormerkung vermerkt werden (*Demharter* Anh. zu § 26 Rdnr. 55; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1594 und 1601).

Im Grundbuch ist hier vermerkt, daß die „Ansprüche“ des Schuldners „aus der Auflassungsvormerkung“ für die Beteiligte zu 2 gepfändet sind. Dieser Vermerk ist ebenso ungenau wie die Nr. 2 des Pfändungsbeschlusses; er ist dahin auszulegen, daß der Anspruch des Schuldners auf Übertragung des Eigentums an den Wohnungen gepfändet ist.

b) Die Pfändungsvermerke sind gemäß § 22 Abs. 1 GBO zu löschen; die Beteiligten zu 1 haben durch öffentliche Urkunden nach § 29 Abs. 1 und 3 GBO nachgewiesen, daß kein Pfändungspfandrecht an den vorgemerkten Eigentumsverschaffungsansprüchen mehr besteht; das Recht ist vielmehr erloschen.

(1) Die Eintragung der Beteiligten zu 1 aufgrund der Auflassung vom 24.8.1994 und der Abtretung der Rechte aus dieser Auflassung am 21.9.1995 hätte für sich genommen nicht zum Erlöschen des Pfändungspfandrechts geführt, auch wenn die Abtretung trotz der Pfändung des Anspruchs wirksam gewesen ist (vgl. BGH NJW 1968, 2059 f.; *Stein-Jonas/Brehm* ZPO 21. Aufl. Rdnr. 90, *Zöller/Stöber* ZPO 19. Aufl. Rdnr. 18, jeweils zu § 829). Die Beteiligten zu 1 sind dadurch zwar Eigentümer der Wohnungen geworden; gegenüber der Beteiligten zu 2 als Pfändungsgläubigerin wäre der Anspruch des Schuldners D. gegen die Drittschuldnerin O. aber nicht erloschen, das Pfändungspfandrecht daran hätte fortbestanden (vgl. *Stöber* Forderungspfändung 11. Aufl. Rdnr. 2045a). Dabei ist es rechtlich unerheblich, daß infolge der Abtretung der Rechte aus der Auflassung nicht D., sondern sogleich die Beteiligten zu 1 als Eigentümer eingetragen worden sind.

(2) Das Pfändungspfandrecht ist aber gemäß § 161 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB dadurch erloschen, daß die Abtretung der gepfändeten Ansprüche durch den Eintritt der aufschiebenden Bedingung voll wirksam geworden (§ 158 Abs. 1 BGB), die Pfändung der Ansprüche damit unwirksam ist.

aa) Wenn die Ansprüche nach Wirksamwerden der Pfändung abgetreten worden wären, hätte die Abtretung, sofern sie auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber wirksam gewesen wäre (vgl. dazu oben), das Pfändungspfandrecht nicht berührt. Hier sind die Eigentumsverschaffungsansprüche in der notariellen Urkunde vom 21.9.1995 von D. an die Beteiligten zu 1 abgetreten worden; die Abtretung war noch nach Erklärung der Auflassung möglich (BGH NJW 1994, 2947 f.). Die Pfändung der Ansprüche ist mit der Zustellung an die Drittschuldnerin am 30.10.1995 und damit nach der Abtretung wirksam geworden (§ 829 Abs. 3 ZPO).

bb) Die Abtretung der Eigentumsverschaffungsansprüche geschah unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung und war damit noch nicht voll wirksam; weitere Verfügungen über sie auch im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Zedenten blieben möglich. Solche Verfügungen sind aber gemäß § 161 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB mit dem Eintritt der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen werden. Dies trifft auf die Pfändung zu.

(3) Mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises von 900 000 DM ist die Bedingung, unter der die Eigentumsverschaffungsansprüche abgetreten worden waren, eingetreten; der Bedingungseintritt ist durch die Bestätigung der Vereinigten Sparkassen des Landkreises P. vom 28.2.1996 in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

aa) Die Erklärung, daß die geschuldete Leistung bewirkt, der Gläubiger sie erhalten habe (§ 362 Abs. 1, § 369 BGB), ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern das Bekenntnis einer Tatsache, eine Wissenserklärung (*Palandt/Heinrichs* BGB 55. Aufl. § 368 Rdnr. 1). Soll die Erklärung Grundlage für eine Eintragung (Löschung) im Grundbuch sein, bedarf sie der notariell beglaubigten Form (vgl. BayObLGZ 1995, 103/105 f. m.w.N.). Für Erklärungen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, gilt die Formerleichterung des § 29 Abs. 3 GBO. Die Behörde kann ihre Erklärungen in eigenen Angelegenheiten selbst ausstellen, auch soweit es um in ihren Amtsbereich fallende Privatrechtsgeschäfte geht (BGHZ 45, 362/366; BayObLGZ 1954, 322/329 f.; *Meikel/Brambring* GBR 7. Aufl. § 29 Rdnr. 115).

bb) Die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 GBO sind erfüllt. Die Vereinigten Sparkassen des Landkreises P. sind nach

Art. 3 des Gesetzes über die öffentlichen Sparkassen (BRS 2025-1-E) rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und Behörden im Sinn von § 29 Abs. 3 GBO (vgl. BayObLGZ 1975, 227/232).

Die Beifügung des Siegels oder Stempels enthebt das Grundbuchamt der Pflicht, die Ordnungsmäßigkeit der Erklärung und die Vertretungsbefugnis der Unterzeichnenden weiter zu überprüfen (BayObLGZ 1986, 86/88 m.w.N.).

cc) Durch die Erklärung der Sparkasse ist auch inhaltlich der Nachweis für den Bedingungseintritt erbracht (vgl. auch BayObLG MittRhNotK 1988, 96 f.). Grundsätzlich hat zwar der Gläubiger der geschuldeten Leistung deren Empfang zu bestätigen. Hier sollte aber der Kaufpreis nach der Vertragsurkunde durch Überweisung auf ein bestimmtes Konto bei den Vereinigten Sparkassen des Landkreises P. beglichen werden. Damit ist diese Sparkasse auch als befugt anzusehen, in eigener Zuständigkeit den Eingang der Zahlung und damit den Eintritt der Bedingung zu bestätigen. Da diese nur die Zahlung des Kaufpreises von 900 000 DM und nicht die Begleichung etwaiger Nebenforderungen zum Inhalt hat, kann dahingestellt bleiben, ob die Beteiligten zu 2 etwa Verzugszinsen schulden.

(4) Infolge des Bedingungseintritts ist die Pfändung der abgetretenen Ansprüche unwirksam; das Grundbuch ist durch die Eintragung der Pfändungsvermerke unrichtig. Denn die Pfändung würde die von der Bedingung abhängige Wirkung, den endgültigen Übergang der Forderungen auf die Beteiligten zu 1, beeinträchtigen, da diese die Forderungen nur belastet mit dem Pfandrecht erwerben und ihnen weiter nach der Erfüllung der abgetretenen und gepfändeten Ansprüche durch Eintragung der Auflassung das Eigentum an den Wohnungen nur belastet mit der Sicherungshypothek des § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO zustehen würde.

(5) Gutgläubiger Erwerb eines Pfändungspfandrechts (§ 161 Abs. 3 BGB) scheidet von vornherein aus, da es sich hierbei nicht um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt.

c) Die etwaige Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der zwischen der Firma O. und D. erklärten Auflassung ist nach der Auslegung des Senats im Grundbuch nicht verlaubar. Auch bezüglich dieser Pfändung lägen aber für die Löschung des Pfändungsvermerks die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GBO vor. Denn D. hat sein Anwartschaftsrecht aus der Auflassung zu notarieller Urkunde vom 21.9.1995 unbeding an die Beteiligten zu 1 übertragen; die Pfändung des Anwartschaftsrechts konnte aufgrund des Pfändungsbeschlusses vom 21.9.1995, der dem Schuldner frühestens am 27.9.1995 zugestellt wurde (vgl. zur Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung BGHZ 49, 197/203 ff., *Demharter* Anh. zu § 26 Rdnr. 54) nicht mehr wirksam werden, da zu diesem Zeitpunkt das gepfändete Recht nicht mehr dem Vollstreckungsschuldner zustand.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zu dem Thema „Schutz des Zweitkäufers gegen Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Erstkäufers“ den Aufsatz von *Amann* in DNNotZ 1997, 113.

7. BGB §§ 241, 317, 883 (Vormerkbarkeit eines Anspruchs auf Übertragung eines quotenmäßig noch nicht bestimmten Miteigentumsanteils)

- 1. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs ist zulässig unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand der geschuldeten Leistung bestimmt oder eindeutig bestimmbar ist.**
- 2. Ein künftiger oder bedingter Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück kann auch dann durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, wenn die Größe des zu übertragenden Miteigentumsanteils bei Eintragung der Vormerkung noch nicht bestimmt ist, aber die Quote in dem Zeitpunkt, in dem der Übertragungsanspruch geltend gemacht werden kann, von einem Dritten festgelegt werden kann, dessen Bestimmung sich die Vertragsparteien unterworfen haben.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 5.6.1996 – 3 Wx 157/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind Gesellschafter der X.-GdBR. Der Beteiligte zu 1 – Vater der Beteiligten zu 2 und 3 – hatte in diese Gesellschaft umfangreichen Grundbesitz eingebracht. Am 20.10.1995 übertrug er den Beteiligten zu 2 und 3 je 49% der sämtlich in seiner Hand befindlichen Gesellschaftsanteile an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In einem notariellen Vertrag vom gleichen Tage übernahmen die Beteiligten zu 2 und 3 im einzelnen aufgeführte Gegenleistungen; u. a. sollten sie unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein, einen Miteigentumsanteil an dem im Vertrag näher bezeichneten Grundbesitz an den Beteiligten zu 1 zu übertragen. Der Miteigentumsanteil war wie folgt umschrieben:

„Der Miteigentumsanteil entspricht dem Wert des Anteils des Erwerbers am Vermögen der X.-GdBR am Tag des Rückübertragungsverlangens, in dessen Person eine der vorgenannten Voraussetzungen eintritt, abzüglich des Wertes derjenigen Leistungen, die der Erwerber aus seinem sonstigen, nicht vom Veräußerer stammenden Vermögen zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundbesitzes erbracht hat, wobei die Leistungen vom Zeitpunkt der Erbringung ab inflationsbereinigt mit 4 – vier – vom Hundert pro Jahr zu verzinsen sind. Der Einsatz von Erträgen aus dem Vermögen der Gesellschaft stellt keine Leistung in diesem Sinne dar.

Einigen sich die Beteiligten nicht auf den Miteigentumsanteil, so ist unverzüglich das Schiedsgutachten eines von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennenden Wirtschaftsprüfers herbeizuführen, der zugleich auch darüber befinden soll, wer die Kosten seiner Inanspruchnahme zu tragen hat. Dieses Schiedsgutachten ist für alle Beteiligten verbindlich.“

Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs des Beteiligten zu 1 beantragten und bewilligten die Vertragsbeteiligten, als Belastung des gesamten in dem Vertrag näher bezeichneten Grundbesitzes für den Beteiligten zu 1 je eine Auflassungsvormerkung in die einzelnen Grundbücher einzutragen.

Gegen den Eintragungsantrag gab das Grundbuchamt – Rechtspfleger – zu bedenken, die Vormerkung könne ohne eine ergänzende, die Quote des zu übertragenden Miteigentumsanteils bestimmende Vereinbarung der Beteiligten nicht eingetragen werden.

Auf die Erwiderung des Notars, für die Eintragung der Vormerkung reiche die Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs aus, hat der Rechtspfleger unter Aufrechterhaltung seiner Bedenken eine Frist zur Behebung der Beanstandung gemäß § 18 GBO gesetzt.

Der Erinnerung der Beteiligten haben Rechtspfleger und Richter des Amtsgerichts nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das LG hat ausgeführt, zwar könne grundsätzlich ein Anspruch auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch eine Vormerkung gesichert werden, da aber ein Miteigentumsanteil ohne exakte Festlegung der Quote im Grundbuch nicht eintragungsfähig sei, weil eine solche Eintragung gegen die Bestimmtheiterfordernisse des materiellen Liegenschaftsrechts verstoße, verbiete sich auch die Eintragung einer darauf gerichteten Vormerkung.

Gegen diese Erwägungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

2. Bei der nach § 883 BGB zu beurteilenden Zulässigkeit der beantragten Eintragung ist das Landgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß die Zulässigkeit einer Auflassungsvormerkung in erster Linie nicht nach sachenrechtlichen, sondern nach schuldrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (RGZ 128, 246, 248; BayObLG in DNotZ 1973, 174) und deshalb auch eine Vormerkung zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist (BayObLG in Rpfleger 1989, 190 [= DNotZ 1989, 370]). Allerdings muß der Gegenstand der geschuldeten Leistung nach § 241 BGB bestimmt oder eindeutig bestimmbar sein. Das ist hier der Fall.

Die derzeit noch unbestimmte Größe des zu übertragenden Miteigentumsanteils an dem im notariellen Vertrag genannten Grundbesitz soll durch ein Gutachten eines Dritten bestimmt werden, der – unter Berücksichtigung der aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eingetretenen Änderungen – den Wert des Grundbesitzes feststellen soll.

Die Bestimmung der zukünftigen Leistung derart einem Dritten zu überlassen, ist grundsätzlich schuldrechtlich unbedenklich und in § 317 BGB ausdrücklich vorgesehen. Daß in dem notariellen Vertrag die Möglichkeit einer „Einigung“ der Beteiligten über die Größe bzw. Quote des gegebenenfalls zu übertragenden Miteigentumsanteils für möglich gehalten wird, läßt das Bestimmungsrecht des Dritten nicht als bloßen „Einigungsersatz“ erscheinen.

Die Bedenken des LG, der maßgebliche Wert des Anteils der Beteiligten zu 1 und 2 am Gesellschaftsvermögen am Tage des Rückübertragungsverlangens lasse sich gegenwärtig nicht einmal auch nur annähernd abschätzen, so daß Dritte sich anhand der Eintragung der Vormerkung und der in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen über den Umfang der Wirkung der Vormerkung kaum unterrichten könnten, teilt der Senat nicht.

Wird die Vormerkung so wie beantragt im Grundbuch eingetragen, so ist für jeden Einsicht nehmenden Dritten erkennbar, daß ein Erwerb des Eigentums oder eines sonstigen dinglichen Rechtes an dem hier in Rede stehenden Grundbesitz dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam ist, da sich der Übertragungsanspruch auf einen noch zu bestimmenden Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz der Gesellschaft bezieht. Daß sich die zukünftige Größe des zu übertragenden Miteigentumsanteils wegen der fortlaufenden Geschäftstätigkeit der Gesellschaft derzeit nicht abschätzen läßt, steht der Eintragung der Vormerkung daher nicht entgegen.

Schließlich hindert auch der Umstand, daß es vorliegend nicht um die Übertragung einer realen Grundstücksfläche, sondern nur eines Miteigentumsanteils geht, die Eintragung der Vormerkung nicht. Soweit das LG davon ausgegangen ist, ein Miteigentumsanteil könne ohne exakte Festlegung der

Quote im Grundbuch nicht eingetragen werden, kann dem zugestimmt werden. Nicht gefolgt werden kann der Kammer aber bezüglich der daraus gezogenen Folgerung, weil der zu übertragende Anteil nur ein ideeller sei, könne das dingliche Recht selbst nicht hinreichend bestimmt werden und scheide deshalb die Eintragung einer Vormerkung aus.

Das LG hat dabei verkannt, daß es nicht auf die Bestimmbarkeit des dinglichen Rechts im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung ankommt, sondern daß es genügt, wenn in dem Zeitpunkt, in dem eine Bedingung eintritt, unter der der Beteiligte zu 1 seinen Anspruch auf Übertragung des im notariellen Vertrag näher bezeichneten Miteigentumsanteils geltend machen kann, der Wert des maßgeblichen Gesellschaftsanteils und damit die Quote des zu übertragenden Miteigentumsanteils an dem Grundbesitz durch den Sachverständigen festgelegt werden kann. Daß zu diesem Zeitpunkt eine derartige Quote nicht bestimmt werden kann, ist nicht ersichtlich, denn die Beteiligten haben sich in dem notariellen Vertrag darauf geeinigt, daß sie sich – mit bestimmten Vorgaben – dem Gutachten des Sachverständigen unterwerfen wollen. Wird aber in dem maßgeblichen Zeitpunkt der von den Gesellschaftern auf den Beteiligten zu 1 zu übertragende Miteigentumsanteil quotenmäßig genau bestimmt, so stehen weder der Übertragung dieses ideellen Miteigentumsanteils noch der entsprechenden Eintragung im Grundbuch rechtliche Hindernisse entgegen.

Der Beschluß des Landgerichts war danach aufzuheben und das Amtsgericht – Grundbuchamt – anzuweisen, von seinen Bedenken gegen die beantragte Eintragung der Vormerkung Abstand zu nehmen.

8. WEG §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3, 10 Abs. 2 (*Eintragungsfähigkeit der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch*)

1. **Es liefe dem Ziel, das Grundbuch schlank und übersichtlich zu halten, zuwider, wenn an Stelle der globalen Bezugnahme auf die Gemeinschaftsordnung, die auch mit dem Gesetz deckungsgleiche Bestimmungen enthält, diejenigen Einzelbestimmungen zu bezeichnen und in Bezug zu nehmen wären, die von der gesetzlichen Regelung des Wohnungseigentumsgesetzes abweichen.**
2. **Rechte zur Benutzung eines Nachbargrundstücks können nicht zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden (hier: Sondernutzungsrecht an einer Fläche über einen verrohrten Wasserlauf).**

OLG Hamm, Beschluß vom 5.12.1996 – 15 W 390/96 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

9. BGB § 2363 Abs. 1 Satz 1; GBO § 35 Abs. 1 Satz 2, § 51 (*Nachweis der Nacherbfolge*)

Besteht eine urkundliche Lücke im Nachweis der Erbfolge dahin, daß aus der Ehe der Vorerbin mit dem Erblasser keine weiteren als die in dem notariellen Testament aufgeführten, zu Nacherben berufenen Kinder hervorgegangen sind, so darf das Grundbuchamt eine zum Nachweis dieser (negativen) Tatsache vorgelegte eidesstattliche Versicherung in öffentlicher Urkunde nicht von vornherein als unbeachtlich zurückweisen. Ein Erbschein ist nur dann zu verlangen, wenn noch Zweifel verbleiben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhalts hinausgehen (wie OLG Zweibrücken DNotZ 1986, 240 und OLG Frankfurt OLGZ 1985, 411).

OLG Hamm, Beschluß vom 5.12.1996 – 15 W 407/96 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Eigentümer eines Grundstücks ist im Jahre 1995 verstorben. In dem notariellen Testament vom 30.11.1971 hat er seinen letzten Willen wie folgt erklärt:

„1.

Zu meiner alleinigen Erbin berufe ich meine Ehefrau. Diese Erbeinsetzung gilt mit der Maßgabe, daß meine Ehefrau befreite Vorerbin sein soll. Der Nacherbfall soll eintreten im Zeitpunkt ihres Ablebens, jedoch auch schon vorher im Zeitpunkt einer Wiederverheiratung meiner Ehefrau.

2.

Zu Nach- und Ersatzerben berufe ich meine leiblichen und ehelichen Kinder zu gleichen Teilen. Dieses sind zur Zeit Annette, Rosemarie, Elisabeth, Joachim, Andreas und Sabine.“

Dieses Testament, das am 5.2.1996 eröffnet worden ist, ist noch am selben Tage von der Nachlaßabteilung des Amtsgerichts dem dortigen Grundbuchamt nebst einer beglaubigten Abschrift der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung zugeleitet worden.

Die Beteiligte hat unter Bezugnahme auf das notarielle Testament vom 30.11.1971 beantragt, sie als Eigentümerin, und zwar als befreite Vorerbin einzutragen und zu vermerken, daß die in dem Testament aufgeführten ehelichen Kinder Nacherben seien.

Mit Zwischenverfügung vom 23.2.1996 hat der Rechtspfleger des Grundbuchamts die Beteiligte aufgefordert, zum Nachweis der Erbfolge einen Erbschein vorzulegen, weil in dem notariellen Testament die Nacherben nicht zweifelsfrei bezeichnet seien. Hiergegen hat die Beteiligte Gegenvorstellung erhoben, mit der sie zwei Familienbücher des Erblassers vorgelegt hat. Aus dem einen ergebe sich, daß aus dieser Ehe die fünf Kinder Annette, Rosemarie, Elisabeth, Joachim und Andreas hervorgegangen seien. Aus dem Familienbuch aus zweiter Ehe mit der Beteiligten folge, daß aus dieser Ehe nur die Tochter Sabine stamme. Die Beteiligte erbierte sich, an Eides statt zu versichern, daß der Erblasser keine weiteren als die sechs auch im Testament genannten Kinder habe. Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat seine Zwischenverfügung aufrechterhalten.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde war erfolglos. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. In der Sache selbst unterliegt die amtsgerichtliche Verfügung durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil die Vorlage eines Erbscheins zur Berichtigung des Eigentümereintrags nicht notwendig ist. Zum Nachweis dafür, daß neben den in dem notariellen Testament vom 30.11.1971 aufgezählten Abkömmlingen keine weiteren „leiblichen und ehelichen Kinder“ vorhanden sind, hätte hier anstelle des vom

Grundbuchamt geforderten Erbscheins eine diesbezügliche eidesstattliche Versicherung der Beteiligten in öffentlicher Urkunde (§ 2356 Abs. 2 BGB) ausgereicht. Der Rechtspfleger hätte deshalb in seiner Zwischenverfügung auch diese Möglichkeit aufzeigen müssen, weil eine ordnungsgemäße Zwischenverfügung sämtliche Mittel oder Wege zur Beseitigung des Hindernisses zu enthalten hat (vgl. OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30 f.; *Herrmann* in KEHE a.a.O., § 18 Rdnr. 54 f.).

a) Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 35 Abs. 1 GBO. Danach kann der Nachweis der Erbfolge dem Grundbuchamt gegenüber grundsätzlich nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die – wie hier – in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden; erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen. Nach dieser gesetzlichen Regelung hat das Grundbuchamt also den Inhalt der vorgelegten öffentlichen Verfügung von Todes wegen zu prüfen. Dabei ist lediglich die Erbeinsetzung von Bedeutung sowie deren Beschränkung durch Anordnung einer Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung; erforderlich ist eine zweifelsfreie Bestimmung von Erben, Nacherben und Ersatzerben (*Herrmann* in KEHE a.a.O., § 35 Rdnr. 67). Lassen Testaments- und Eröffnungsniederschrift Zweifel offen, so ist zwischen solchen rechtlicher und tatsächlicher Art zu unterscheiden. Im ersteren Falle hat das Grundbuchamt das öffentliche Testament in eigener Verantwortung zu prüfen und auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Bestehen jedoch Zweifel tatsächlicher Art, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, so muß ein Erbschein verlangt werden (Senat, Beschluß vom 29.2.1988 – 15 W 89/88 ständig; BayObLG DNotZ 1984, 502 = Rpfleger 1983, 104; Rpfleger 1995, 249 = FamRZ 1995, 899; *Herrmann* in KEHE a.a.O., § 35 Rdnr. 74).

Von diesen Grundsätzen geht das Landgericht aus. Es meint: Die Formulierung „leibliche und eheliche Kinder“ lasse mehrere Auslegungsvarianten offen, die nur aufgrund weiterer Ermittlungen über den Willen des Erblassers geklärt werden könnten. Die Formulierung könne zum einen bedeuten, daß damit sowohl die ehelichen wie auch die nichtehelichen Kinder des Erblassers gemeint seien. Sie könne ferner so gemeint sein, daß neben den leiblichen Kindern auch eheliche, zum Beispiel infolge einer Adoption, gemeint seien. Ferner sei nicht ausgeschlossen, daß die Begriffe leibliche und eheliche Kinder identisch seien und deshalb keinen unterschiedlichen Erklärungswert hätten. Diese Zweifel könnten durch eine eidesstattliche Versicherung der Beteiligten nicht aufgehoben werden. Im Erbscheinserteilungsverfahren wäre das Nachlassgericht vielmehr gehalten, zum Beispiel durch Vernehmung des Urkundsnotars den Willen des Erblassers zu ermitteln. Möglicherweise ständen auch weitere Personen zur Verfügung, die Aussagen darüber machen könnten, was der Erblasser mit seiner Formulierung in dem Testament gemeint habe. Zur Auslegung der unklaren Formulierung könnten die überreichten Familienbücher keine Aufklärung bieten, so daß aufgrund des auslegungsfähigen Inhalts der letztwilligen Verfügung des Erblassers offen bleibe, was dieser mit seinem Testament vom 30.11.1971 gewollt habe. Zu den danach notwendigen Ermittlungen sei aber das Grundbuchamt nicht verpflichtet.

b) Diese Begründung kann die Entscheidung des Landgerichts nicht tragen.

Das Verlangen nach einem Erbschein kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn aus ihm die für die Eintragung im Grundbuch erforderlichen Angaben aufgrund der dem Grundbuchamt verwehrten Ermittlungen deutlicher hervortreten als aus der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen. Es darf in diesem Zusammenhang auch nicht übersehen werden, daß der Erbschein des Vorerben dessen Beschränkung durch die angeordnete Nacherbfolge zum Ausdruck bringen soll, nicht aber ein Zeugnis über das Recht des Nacherben darstellt. Der Erbschein des Vorerben wie der Nacherbenvermerk im Grundbuch haben also nicht die Aufgabe, die einzelnen Nacherben „festzustellen“ (vgl. BayObLG DNotZ 1984, 502, 503 = Rpfleger 1983, 104; OLG Frankfurt OLGZ 1985, 411, 412 f. = Rpfleger 1986, 51).

Hier hält es das Landgericht für möglich, daß neben den aufgezählten sechs Kindern aus erster und zweiter Ehe weitere Kinder und zwar leibliche eheliche, von dem Erblasser und der Beteiligten angenommene oder nichteheliche Kinder vorhanden sind, die zu Nacherben berufen sein könnten. Diese Würdigung überspannt die Anforderungen, die § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO im Blick auf den Sinn und Zweck des Nacherbenvermerks an den Nachweis der Erbfolge stellt.

aa) Fragen, die durch Auslegung des Testaments zu beantworten sind, rechtfertigen das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins – wie dargelegt – nicht. Da die Beschwerdekammer das notariell beurkundete Testament vom 30.11.1971 nicht ausgelegt hat, ist der Senat als Gericht der weiteren Beschwerde befugt, eine eigene Auslegung vorzunehmen (vgl. *Keidel/Kuntze*, FG, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 48). Sie ergibt, daß der Erblasser etwaige nichteheliche Kinder nicht zu seinen Nacherben berufen hat.

Auf der Grundlage des gesetzlichen Erbrechts steht gemäß § 1934 a Abs. 1 BGB einem nichtehelichen Kind beim Tode des Vaters neben ehelichen Abkömmlingen des Erblassers und neben dem überlebenden Ehegatten des Erblassers anstelle des gesetzlichen Erbteils ein Erbersatzanspruch zu. Diese wohlgedachte Regelung verfolgt den Zweck, in den genannten, eng umgrenzten Fällen eine Erbengemeinschaft zu verhindern, deren Zusammensetzung infolge Beteiligung des nichtehelichen Kindes als prinzipiell konfliktbeladen und daher unerwünscht erachtet wird (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 55. Aufl., § 1934 a Rdnr. 3). Hätte der Erblasser bei Testamentserrichtung im Jahre 1971 von dieser erst kurz zuvor durch Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 243) geschaffenen Neuregelung abweichen wollen, hätte er dies deutlicher als durch die Formulierung „meine leiblichen und ehelichen Kinder“ zum Ausdruck gebracht. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß es sich bei sämtlichen im Folgesatz aufgezählten Kindern um seine ehelichen Kinder handelt.

bb) Sonach besteht eine urkundliche Lücke im Nachweis der Erbfolge nur insoweit, als nicht urkundlich nachgewiesen ist, daß aus der Ehe mit der Beteiligten, die bei Testamentserrichtung im Jahre 1971 schon bestand, keine weiteren Kinder hervorgegangen oder von den Eheleuten angenommen worden sind. Bei dieser Möglichkeit handelt es sich angesichts des damaligen Alters des am 13.7.1926 geborenen Erblassers nicht um eine entfernte abstrakte Möglichkeit, die vernachlässigt werden könnte (vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 408, 410 = DNotZ 1986, 240). Auch begründen die dem Grundbuchamt vorgelegten Familienbücher keinen urkund-

lichen Nachweis dafür, daß aus der Ehe mit der Beteiligten neben der dort aufgeführten Tochter Sabine keine weiteren Kinder hervorgegangen sind. Zwar sind nach § 15 Abs. 1 Satz 1 PStG u.a. Kinder aus der Ehe sowie von den Ehegatten gemeinschaftlich als Kind angenommene Kinder auch im Familienbuch einzutragen. Sind keine Kinder im Familienbuch eingetragen, beweist das jedoch nicht, daß aus der Ehe keine Kinder hervorgegangen sind. Insoweit schließt sich der Senat den Erwägungen der ähnlich gelagerten Entscheidung des OLG Frankfurt (OLGZ 1981, 30, 31) an.

Die Entscheidung hängt deshalb allein davon ab, ob das Grundbuchamt eine in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung der Beteiligten berücksichtigen kann, daß keine weiteren als die in dem notariellen Testament namentlich aufgeführten ehelichen Kinder vorhanden seien. Diese Rechtsfrage wird in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur unterschiedlich beantwortet. Die obergerichtliche Rechtsprechung vertritt – soweit ersichtlich – übereinstimmend die Auffassung, das Grundbuchamt dürfe im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO eine zum Nachweis der (negativen) Tatsache des Nichtvorhandenseins weiterer Kinder vorgelegte eidesstattliche Versicherung, die in öffentlicher Urkunde abgegeben sei, nicht von vornherein als unbeachtlich zurückweisen, sondern müsse diese Urkunde berücksichtigen. Ein Erbschein dürfe (und müsse auch stets) verlangt werden, wenn noch Zweifel verblieben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhaltes hinausgingen (OLG Zweibrücken a.a.O. S. 410; OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30, 31; OLGZ 1985, 411, 412 = Rpfleger 1986, 51; BayObLG FamRZ 1974, 384, 385 = DNotZ 1974, 233). Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage bisher nicht Stellung genommen (vgl. BGH NJW 1982, 2499; DNotZ 1985, 367). Seine erstgenannte Entscheidung betrifft den Nachweis der Erbfolge durch andere öffentliche Urkunden als den Erbschein im Regelungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO. In der rechtswissenschaftlichen Literatur sind die Auffassungen geteilt (für eine Berücksichtigung der eidesstattlichen Versicherung: Herrmann in KEHE a.a.O., § 35 Rdnr. 74; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 790 und Fn. 31 f.; Demharter, GBO, 21. Aufl., § 35 Rdnr. 40; dagegen: Meikel/Roth, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 120).

Der Senat tritt der Auffassung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Zweibrücken bei. Eine eng am Wortlaut der Vorschrift orientierte Auslegung, die § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO als abschließende Sonderregelung begreift, die in ihrem Anwendungsbereich § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO verdrängt, verfehlt in wesentlichen Bereichen ihr Ziel, für das Berichtigungsverfahren im Falle der Erbfolge eine Vereinfachung zu schaffen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO kann auf den Erbschein allerdings nicht verzichtet werden, wenn unter Einbeziehung der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung Zweifel verbleiben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhaltes hinausgehen. In diesen Fällen hat das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins schon deshalb seine Berechtigung, um der Gefahr voneinander abweichender Entscheidungen des Grundbuchamts und des Nachlaßgerichts entgegenzuwirken (vgl. OLG Zweibrücken a.a.O. S. 411).

10. BGB §§ 894, 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4, 1368 (Ehegattenzustimmung gemäß § 1365 BGB)

Bei der Abwägung, ob ein unter Nießbrauchsvorbehalt veräußerter Gegenstand, verglichen mit dem restlichen Vermögen, im wesentlichen das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt, ist der Wert des bei der Veräußerung vorbehaltenen Nießbrauchs unberücksichtigt zu lassen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Urteil vom 31.5.1996 – 29 U 55/96 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt Günter E. Peine, Warburg-Scherfede

Aus dem Tatbestand:

Die jetzt 83 Jahre alte Ehefrau des Klägers und der Kläger heirateten im Jahre 1966. Die Ehefrau war seit 1950 Eigentümerin eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, das vermietet war. Im Jahr 1980 räumte die Ehefrau des Klägers dem Beklagten, ihrem Neffen, Vollmacht über ihre beiden Konten bei der Volksbank M. ein; es handelte sich um ein Girokonto, auf das die Mietzinsen aus der Vermietung des Hausgrundstücks sowie ihre Rente eingezahlt wurden, sowie um ein Sparkonto. Den Beklagten beauftragte sie zudem mit der Verwaltung des Hauses.

Ende 1984 übereignete die Ehefrau des Klägers ohne dessen Wissen und Beteiligung das Hausgrundstück an den Beklagten; ihr wurde ein lebenslangliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht bestellt.

Der Kläger, der erst 1994 von der Grundstücksübertragung Kenntnis erlangte, verlangt die Berichtigung des Grundbuchs dahin, daß seine Ehefrau wieder als Eigentümerin eingetragen wird. Er hat dazu vorgebracht, das seinerzeitige Rechtsgeschäft sei unwirksam, da es an seiner Zustimmung fehle. Diese sei erforderlich gewesen, da es sich bei dem Grundstück im wesentlichen um das gesamte Vermögen seiner Ehefrau gehandelt habe und dies auch dem Beklagten bekannt gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet.

Aus dem Gründen:

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung, § 894 BGB i.V.m. §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4, 1368 BGB.

Das Grundbuch steht mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang, weil der Beklagte zwar als Eigentümer des in Rede stehenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen, tatsächlich aber nicht Eigentümer geworden ist. Die Veräußerung vom 24.11.1984 ist nicht wirksam geworden. Bei der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück handelte es sich um ein Rechtsgeschäft über das „Vermögen im ganzen“ im Sinne des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieses Rechtsgeschäft ist unwirksam, weil der Kläger die gemäß § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Zustimmung verweigert hat, § 1366 Abs. 4 BGB.

I. Die Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB sind erfüllt. Der Kläger und seine Ehefrau lebten und leben nach wie vor im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Die Vorschrift greift nicht nur dann ein, wenn das Geschäft auf die Übertragung des gesamten Vermögens als solches gerichtet ist, sondern auch, wenn ein einzelner Vermögensgegenstand veräußert wird, der im wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt, und wenn der Vertragspartner dies weiß oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt (BGHZ 35, 135, 143 = NJW 61, 1301; BGHZ 43, 174, 177 = NJW 65, 909; BGHZ 77, 293 = NJW 80, 2350 [= MittBayNot 1980, 164]).

Die Veräußerung des Hausgrundstücks hat nahezu das gesamte Vermögen der Ehefrau des Klägers erfaßt. Ob der Wert des Grundstücks 140.000,00 DM oder mindestens 150.000,00 DM betrug, kann dahinstehen, da diesem Wert nur ein unbedeutendes Restvermögen, im wesentlichen bestehend aus Bankguthaben, gegenüberstand.

Der Wert des der Ehefrau des Klägers eingeräumten Nießbrauchs ist bei der Feststellung des verbleibenden Vermögens unberücksichtigt zu lassen. Allerdings ist bei der vorzunehmenden Abwägung, ob ein veräußerter Vermögensgegenstand, verglichen mit dem restlichen Vermögen, im wesentlichen das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt, der Wert des veräußerten Gegenstandes um die auf ihm ruhenden Belastungen zu vermindern (BGHZ 77, 293 = NJW 80, 2350 [= MittBayNot 1980, 164]; *Palandt-Diederichsen*, § 1365 BGB, Rdnr. 5). § 1365 Abs. 1 BGB hat nämlich neben dem Zweck, den Zugewinnausgleich zu sichern, auch den Zweck, die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu schützen. Die Eignung eines Vermögensgegenstandes als wirtschaftliche Grundlage des Familienlebens ist aber von vornherein, also schon vor der Veräußerung, durch auf ihm vorhandene Belastungen beeinträchtigt.

Von dieser Situation, also der Übertragung eines bereits belasteten Vermögensgegenstandes, unterscheidet sich der vorliegende Fall jedoch in einem entscheidenden Punkt. Der Nießbrauch ist erst im Gegenzug für die Veräußerung des Grundstücks begründet worden, konnte also die wirtschaftliche Grundlage der Familie nicht von vornherein schmälern (vgl. OLG Celle FamRZ 87, 942, 943; *Palandt-Diederichsen*, § 1365 BGB, Rdnr. 5; a.A. *Staudinger-Thiele*, § 1365 BGB, Rdnr. 28). Daß die Ehefrau des Klägers mit dem Nießbrauch etwas erhalten hat, dem sicherlich Vermögensqualität zukommt, steht dieser Bewertung nicht entgegen. Da § 1365 Abs. 1 BGB nicht darauf abstellt, ob der Ehegatte eine wirtschaftliche Einbuße erleidet, ist die Vorschrift auch dann anwendbar, wenn er eine – unter Umständen sogar wirtschaftlich gleichwertige – Gegenleistung erhält (BGHZ 35, 135, 145). Nichts anderes gilt hier. Der Nießbrauch ist erst infolge der Veräußerung – wie ein Entgelt – an die Stelle des Hausgrundstücks getreten. Würde man in derartigen Fällen die Anwendbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB verneinen, liefe die Vorschrift praktisch leer.

Unerheblich ist schließlich auch, daß die Familie das Hausgrundstück zur Zeit der Veräußerung nicht selbst bewohnte, das Haus vielmehr vermietet war, der Ehefrau des Klägers also vor und nach der Veräußerung der Mietzins zufließt und insoweit durch das Rechtsgeschäft keine Veränderung eingetreten ist. Maßgebend ist nämlich allein der objektive Wert des Vermögensgegenstandes, nicht sein Verwendungszweck (BGHZ 77, 293, 298 = NJW 80, 2350, 2351 [= MittBayNot 1980, 164]; *Palandt-Diederichsen*, § 1365 BGB, Rdnr. 5; *Staudinger-Thiele*, § 1365 BGB, Rdnr. 28).

Der Nießbrauch hat zudem auch deshalb unberücksichtigt zu bleiben, weil seine Verwertbarkeit nahezu ausgeschlossen ist. Er ist gemäß § 1059 S. 1 BGB nicht übertragbar; lediglich die Ausübung kann gemäß § 1059 S. 2 BGB einem Dritten überlassen werden; auch nur dieses Recht auf Ausübung kann gepfändet werden, § 857 Abs. 3 ZPO (vgl. *Palandt-Bassenge*, § 1059 BGB, Rdnr. 6). Er erlischt gemäß § 1061 S. 1 BGB mit dem Tod des Nießbrauchers. Sowohl im Falle des Zugewinnausgleichs unter Lebenden als auch im Todesfall (§ 1371 BGB) kann folglich der Ehegatte, der wegen der Befriedigung seines Anspruchs auf die Verwertung des dem anderen Ehegatten verbliebenen Vermögens oder auf eine Zwangsvoll-

streckung in dieses Vermögen angewiesen ist, auf den Nießbrauch jedenfalls unmittelbar nicht zurückgreifen; seine Ansprüche sind folglich durch einen eingeräumten Nießbrauch – ähnlich wie durch Einräumung eines Wohnrechts – nicht geschützt (vgl. OLG Celle, FamRZ 87, 942, 943 ff.; *Palandt-Diederichsen*, § 1365 BGB, Rdnr. 5). Dies widerspricht dem Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB, der jedenfalls auch dahin geht, den Ehegatten vor einer Gefährdung seiner Zugewinnausgleichsansprüche sicherzustellen.

Die Ehefrau des Klägers verfügte auch über keine weiteren Vermögenswerte von Bedeutung (wird ausgeführt).

II. Auch die subjektiven Anspruchsvoraussetzungen sind erfüllt. Selbst wenn der Beklagte nicht schon positive Kenntnis hinsichtlich der gesamten Vermögensverhältnisse der Ehefrau des Klägers, seiner Tante, hatte, so kannte er doch die Verhältnisse, aus denen sich ergab, daß das Grundstück nahezu ihr gesamtes Vermögen ausmachte.

Dadurch, daß er seit 1980 Kontovollmacht über die Konten seiner Tante bei der Volksbank M. hatte und auch regelmäßig die Auszüge erhielt, hatte er umfassenden Überblick über ihre Einkommensverhältnisse, wußte also, daß sie nur eine Rente in Höhe von gut 600,00 DM und Mieteinkünfte von 450,00 DM bezog. Daß daraus kein Vermögen gebildet werden konnte, vielmehr der laufende Lebensunterhalt bestritten werden mußte, liegt auf der Hand und wird zusätzlich dadurch unterstrichen, daß anfallende Renovierungsarbeiten am Haus durch eine Darlehensaufnahme finanziert werden mußten; der Kredit war mit monatlich 300,00 DM zurückzahlen. Als Neffe kannte er die gesamten Lebensumstände; er wußte, daß seine Tante früher zeitweise als Altenpflegerin gearbeitet hatte und auch von daher keine Möglichkeit gehabt hatte, Vermögen zu bilden; er kannte die gesamten beengten Lebensverhältnisse.

11. BGB §§ 1363, 1377, 1427 ff. a.F.; GleichberG Art. 8 Abs. 1 (*Zur rückwirkenden Vereinbarung der Zugewinngemeinschaft*)

Die ehevertragliche Vereinbarung der Zugewinngemeinschaft kann nicht rückwirkend auf eine vor der Zeit des Inkrafttretens des Gleichberechtigungsgesetzes vereinbarte Gütertrennung ausgedehnt werden.

OLG Oldenburg, Urteil vom 26.9.1995 – 5 U 67/95 –

12. BGB §§ 130 Abs. 2, 153, 2346 (*Pflichtteilsverzicht nur zu Lebzeiten des Erblassers*)

Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag kann nur zu Lebzeiten des Erblassers wirksam geschlossen werden.

BGH, Urteil vom 13. 12.1996 – IV ZR 62/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin macht im Wege der Stufenklage Pflichtteilsansprüche geltend.

Sie ist die einzige Tochter der am 21.2.1991 verstorbenen Erblasserin. Diese war österreichische Staatsangehörige. Auch die Klägerin und der Beklagte besitzen die österreichische Staatsangehörigkeit.

Mit dem von einem deutschen Notar beurkundeten Testament vom 15.6.1990 setzte die Erblasserin den Sohn der Klägerin aus deren geschiedener erster Ehe, den am 9.3.1981 geborenen Beklagten, als alleinigen Erben ein. In der Urkunde wählte die Erblasserin für ihr gesamtes in der Bundesrepublik Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht. Mit notarieller Urkunde vom 19.12.1990 bot die Erblasserin der Klägerin den Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages an; dieses Angebot konnte nur bis zum 28.2.1991 angenommen werden.

Ebenfalls am 19.12.1990 genehmigte die Erblasserin einen Übertragungsvertrag, den die Klägerin hatte beurkunden lassen. Darin übertrug die Klägerin ihren hälftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstück in K. in Bayern an die Erblasserin, der schon die andere Hälfte des Grundstücks gehörte. Als Gegenleistung verpflichtete sich die Erblasserin, der Klägerin ihren hälftigen Miteigentumsanteil an einem Anwesen in A. in Österreich zu übertragen; als Wertausgleich sollte der Klägerin überdies eine Grundschuld an einem Münchener Grundstück der Erblasserin bestellt werden. Die Erblasserin wies den beurkundenden Notar an, von ihrer Genehmigung des Übertragungsvertrages erst Gebrauch zu machen, wenn ihm eine Ausfertigung der Annahme des von ihr angebotenen Pflichtteilsverzichtsvertrages vorliege. Am 27.12.1990 und am 4.1.1991 unterzeichneten die Erblasserin und die Klägerin eine als Kaufvertrag überschriebene Vereinbarung, in der die Erblasserin ihren ideellen Hälfteanteil an dem Anwesen in A. an die Klägerin überträgt. In diesem Vertrag heißt es, daß er als nicht vereinbart gelte, wenn das Pflichtteilsverzichtsabkommen nicht zustande komme.

Am 4.1.1991 unterschrieb die Klägerin den ihr angebotenen Pflichtteilsverzichtsvertrag, um damit ihre Annahme auszudrücken; ihre Unterschrift wurde von einem österreichischen Notar beglaubigt. Nachdem der Erbfall eingetreten war, erklärte die Klägerin (in Kenntnis des Erbfalls) noch am 21.2.1991 zu Protokoll eines österreichischen Notars die Annahme des Pflichtteilsverzichtsvertrages.

Die Klägerin meint, ihre Annahme vom 4.1.1991 sei mangels Beurkundung formunwirksam. Nach dem Tod der Erblasserin habe sie das Angebot auch zu notariellem Protokoll nicht mehr annehmen können. Sie hat deshalb in Wien u.a. auf Feststellung geklagt, daß ihre notarielle Annahmeerklärung vom 21.2.1991 unwirksam sei. Insoweit hat das Oberlandesgericht Wien das stattgebende Urteil des dortigen Landgerichts bestätigt. Im vorliegenden Verfahren hat das Landgericht dagegen die Stufenklage in vollem Umfang abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr jedoch für den auf der ersten Stufe gestellten Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die deutschen Gerichte international zuständig sind.

II. 1. ...

2. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Erblasserin als österreichische Staatsangehörige gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach ihrem Heimatrecht beerbt wird, daß aber aufgrund der in ihrem wirksamen Testament getroffenen Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB für das im Inland belegene unbewegliche Vermögen das deutsche Erbrecht gilt. Obwohl es aufgrund dieser Rechtswahl zu einer Nachlaßspaltung kommt, schließt dies eine materiellrechtlich einheitliche Beurteilung des Pflichtteilsrechts hier nicht aus, weil es um die gleichen Personen geht und der Erblasser über sein gesamtes Vermögen letztwillig verfügt hat (vgl. MünchKomm/Birk, EGBGB, 2. Aufl. Art. 25 Rdnr. 135). Das Erbstatut ist auch für die hier streitigen Fragen zum Zustandekommen eines Pflichtteilsverzichtsvertrages heranzuziehen, der ein Vertrag auf dem Gebiet des Erbrechts ist (vgl. MünchKomm/Birk, Art. 26 Rdnr. 138 zum Erbverzicht).

Fraglich ist dagegen, ob sich auch der Erlaß eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Erbfall noch nach dem Erbstatut richtet. Der vom Berufungsgericht beauftragte Sachverständige hat diese Frage ausdrücklich ungeprüft gelassen. Da sowohl das deutsche wie das österreichische Recht auch insoweit zu demselben Ergebnis führen, kann die Frage in der Revisionsinstanz offenbleiben (vgl. BGH, Urteil vom 7.12.1977 – IV ZR 20/76 – NJW 1978, 1159 unter 2 vor a [= MittBayNot 1978, 111]).

3. Die Revision zieht die Feststellung des Berufungsgerichts nicht in Zweifel, daß der Pflichtteilsverzicht nach österreichischem Recht der notariellen Beurkundung bedurft hätte und nach dem Tod der Erblasserin nicht mehr möglich war. Der Auffassung des Berufungsgerichts, auch nach deutschem Recht könne ein Pflichtteilsverzichtsvertrag – ebenso wie ein Erbverzichtsvertrag – nur zu Lebzeiten des Erblassers wirksam abgeschlossen werden, hält die Revision entgegen, da der Pflichtteilsverzichtsvertrag anders als der Erbverzichtsvertrag die Erbfolge unberührt lasse, seien die allgemeinen Vorschriften der §§ 130, 153 BGB uneingeschränkt anzuwenden. Dem ist nicht zu folgen.

a) Es ist anerkannt, daß ein Erbverzichtsvertrag rechtswirksam nur zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossen werden kann (BGHZ 37, 319, 329). Die Sicherheit des Rechtsverkehrs fordert, daß die mit dem Tod des Erblassers eintretende Erbfolgeregelung auf einer festen Grundlage steht und nicht noch nach beliebig langer Zeit verändert werden kann (BGH, Urteil vom 7.12.1977, a.a.O. unter 2 a [= MittBayNot 1978, 111]). Der Pflichtteilsverzicht erscheint zwar in § 2346 Abs. 2 BGB als Beschränkung eines Erbverzichts auf das Pflichtteilsrecht und steht insofern dem Erbverzicht nahe. Die Vorschriften über den Erbverzicht werden zum Teil auch auf den Pflichtteilsverzicht angewandt (vgl. MünchKomm/Strobel, BGB, 2. Aufl. § 2346 Rdnr. 19). Der auf das Pflichtteilsrecht beschränkte Verzicht ändert aber im Gegensatz zum Erbverzicht die gesetzliche Erbfolge nicht. Dementsprechend erhöht der bloße Pflichtteilsverzicht – anders als der Erbverzicht gemäß § 2310 Satz 2 BGB – das Pflichtteilsrecht anderer Pflichtteilsberechtigter nicht (BGH, Urteil vom 17.3.1982 – IVa ZR 27/81 – NJW 1982, 2497 unter 2). Die Auffassung des Berufungsgerichts, ähnlich wie für die Frage der gesetzlichen Erbfolge müsse auch für die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs bereits im Zeitpunkt des Erbfalls abschließend feststehen, ob der Nachlaß mit einer derartigen Verbindlichkeit belastet ist, überzeugt nicht. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB gehen auf den Erben auch noch werdende und schwebende Rechtsbeziehungen des Erblassers über; Erblasserschulden sind auch die erst in der Person des Erben entstehenden Verbindlichkeiten, die als solche schon dem Erblasser entstanden wären, wenn er nicht vor Eintritt der zu ihrer Entstehung nötigen weiteren Voraussetzungen verstorben wäre (BGH, Urteil vom 7.6.1991 – V ZR 214/89 – NJW 1991, 2558 unter II).

b) Indessen hebt die Revisionserwiderng mit Recht hervor, daß mit dem Tod der Erblasserin ein Pflichtteilsrecht, auf das die Klägerin hätte verzichten können, nicht mehr bestand. Vielmehr hatte die Klägerin bereits einen Anspruch auf ihren Pflichtteil. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch sind in verschiedener Hinsicht voneinander zu unterscheiden (vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB 12. Aufl. Einl. zu §§ 2303 ff. Rdnr. 64 ff.). Sie unterscheiden sich insbesondere in ihrem wirtschaftlichen Wert: Zu Lebzeiten des Erblassers ist unsicher, in welcher Höhe der Pflichtteilsberechtigte einmal einen Anspruch aufgrund seines Pflichtteilsrechts haben wird.

Das ist sein Risiko, wenn er gegen eine bestimmte Abfindung auf das Pflichtteilsrecht verzichtet. Nach dem Erbfall ist dagegen der Wert des Nachlasses ohne derartige Unsicherheiten feststellbar und damit auch die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Deshalb ist der Geschäftsgegenstand des Erlasses eines Pflichtteilsanspruchs ein ganz anderer als der des Pflichtteilsverzichts gemäß § 2346 Abs. 2 BGB. Hinzu kommt, daß es beim Pflichtteilsverzicht darum gehen kann, dem Erblasser freie Hand für von ihm beabsichtigte Vermögensdispositionen sowohl unter Lebenden wie von Todes wegen zu schaffen. Derartige Gesichtspunkte spielen keine Rolle, wenn es nach dem Erbfall um die Frage geht, ob der Pflichtteilsberechtigte durch einen Erlaßvertrag mit den Erben auf einen bereits entstandenen und der Höhe nach bestimmbareren Pflichtteilsanspruch verzichtet.

Mithin betrifft der Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB ein Rechtsgeschäft, das seinem Gegenstand und seiner Eigenart nach nur mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten abgeschlossen werden kann, aber nicht mehr nach seinem Tode.

4. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob das Angebot der Erblasserin auf Abschluß eines Pflichtteilsverzichtvertrages etwa im Wege der Auslegung oder der Umdeutung für den Fall ihres Todes vor Annahme dieses Angebots als Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages bezüglich des mit dem Erbfall entstehenden Pflichtteilsanspruchs der Klägerin zu verstehen sei; dieses Angebot habe die Klägerin jedenfalls durch ihre notarielle Erklärung vom 21.2.1991 angenommen. Eine ergänzende Auslegung darf jedoch nicht zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstands über die rechtlichen Beziehungen hinaus führen, die die Parteien regeln wollten (vgl. etwa BGHZ 92, 363, 370; MünchKomm/Mayer-Maly, BGB, 3. Aufl. § 157 Rdnr. 47). Auch die Umdeutung setzt voraus, daß der insbesondere aus den wirtschaftlichen Zielen der Beteiligten abzuleitende hypothetische Parteiwille das Ersatzgeschäft umfaßt hätte (MünchKomm/Mayer-Maly § 140 Rdnr. 17, 18). Wie oben dargelegt, unterscheidet sich der Pflichtteilsverzicht hinsichtlich seines Geschäftsgegenstands und dessen wirtschaftlicher Bedeutung so wesentlich vom Erlaß eines Pflichtteilsanspruchs, daß eine Auslegung oder Umdeutung des Angebots auf einen Pflichtteilsverzicht in ein Angebot auf Erlaß eines Pflichtteilsanspruchs im allgemeinen nicht in Betracht kommt.

Denkbar wäre allenfalls, daß der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eine Abfindungsvereinbarung entgegenstehen könnte, wenn im Zusammenhang mit dem geplanten Pflichtteilsverzicht vereinbart worden wäre, daß der – auch der Höhe nach absehbare – Pflichtteilsanspruch noch vor dem Erbfall abgegolten werden sollte (vgl. aber BGHZ 37, 319, 329 f.) Dafür ist hier nichts vorgetragen worden. Vielmehr sollten die etwa gleichzeitig mit dem Angebot des Pflichtteilsverzichts abgeschlossenen Grundstücksgeschäfte nicht wirksam werden, wenn der Pflichtteilsverzicht nicht zustande kam.

5. Ferner rügt die Revision, das Berufungsgericht habe auch im Hinblick auf das österreichische Recht versäumt, das Angebot der Erblasserin auf Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages darauf zu prüfen, ob es als Angebot eines Erlaßvertrages im Sinne von § 1444 ABGB auszulegen oder in einen solchen Vertrag umzudeuten sei. Der vom Berufungsgericht beauftragte Sachverständige hat in seinem Gutachten aber hervorgehoben, daß der Pflichtteilsverzicht im österreichischen Recht schon systematisch nur als Unterfall des Erbverzichts verstanden und anders als im deutschen Recht vom Erbverzicht nicht unterschieden werden könne.

Hinzu komme, daß der Pflichtteilsberechtigte im österreichischen Recht aus historischen Gründen als „Noterbe“ bezeichnet werde und auch daher für die österreichische Lehre und Rechtsprechung die Gleichbehandlung mit dem Erbverzicht selbstverständlich sei. Danach liegt die Auslegung oder Umdeutung des Pflichtteilsverzichts in einen Schulderlaß, wie er in § 1444 ABGB geregelt ist, noch ferner als im deutschen Recht.

6. Soweit die Revision schließlich rügt, die Annahme der Klägerin vom 21.2.1991 sei zumindest als neues Angebot zum Abschluß eines Erlaßvertrages auszulegen, hat das Berufungsgericht mit Recht darauf hingewiesen, daß der Beklagte jedenfalls die Annahme eines derartigen Angebots nicht substantiiert dargelegt habe. Eine Annahme setzt, auch wenn sie dem Anbietenden nicht erklärt zu werden braucht, immerhin ein nach außen hervortretendes Verhalten voraus, aus dem sich eine Betätigung des Annahmewillens unzweideutig ergibt (BGH, Urteil vom 6.2.1990 – X ZR 39/89 NJW 1990, 1656 unter II 2 a).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von J. Mayer, in diesem Heft S. 85.

13. BGB § 2325 Abs. 3 Hs. 2 (*Keine entsprechende Anwendung des § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB auf voreheliche Schenkungen*)

§ 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB findet auf voreheliche Schenkungen des Erblassers an seinen künftigen Ehegatten keine entsprechende Anwendung.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.5.1996 – 7 U 120/95 –, mitgeteilt von H. C. Ibold, Richter am OLG Düsseldorf

Aus den Gründen:

Der Antrag der Klägerin als Pflichtteilsberechtigter, die Beklagte gemäß §§ 2314 Abs. 1, 259 Abs. 2 BGB zu verurteilen, die Richtigkeit ihrer Angabe über Schenkungen des Erblassers an die Beklagte in der Zeit vor ihrer Eheschließung an Eides Statt zu versichern, ist nicht gerechtfertigt. Denn die Beklagte war insoweit nicht zur Auskunft verpflichtet, weil hinsichtlich solcher Zuwendungen kein Pflichtteilsergänzungsanspruch der Klägerin nach § 2325 Abs. 1 BGB besteht. Die Vorschrift des § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB, wonach die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB bei Schenkungen an Ehegatten nicht vor der Auflösung der Ehe beginnt, findet nämlich auf Schenkungen des Erblassers an den späteren Ehegatten, die in der Zeit vor der Eheschließung gemacht wurden, keine entsprechende Anwendung.

Der Senat teilt insoweit nicht die vom OLG Zweibrücken vertretene gegenteilige Auffassung (FamRZ 1994, 1492). Das OLG hat zur Begründung seiner Meinung unter Berufung auf die Gesetzesmotive (Prot. V 588) ausgeführt, bei einer Schenkung zwischen Ehegatten bestehe stets der Verdacht, daß dahinter eine Benachteiligungsabsicht stehe. Der Vorschrift des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB liege der Gedanke zugrunde, daß diese Benachteiligungsabsicht des Erblassers ausgeschlossen werden könne, wenn er selbst längere Zeit hindurch die

Folgen der Schenkungseinbuße zu tragen habe. Bei einer Schenkung unter Ehegatten verbleibe der verschenkte Gegenstand hingegen regelmäßig gemeinschaftliches Vermögen, so daß der Schenker weiterhin im Genuß des verschenkten Gegenstandes bleibe. Das Fehlen einer Benachteiligungsabsicht könne deshalb dort nicht vermutet werden. Dieser Grundgedanke gelte aber in gleicher Weise bei Schenkungen an einen befreundeten Partner vor einer Eheschließung. Auch in diesem Fall habe der Erblasser die Folgen der Schenkung (zumindest) während der Dauer der nachfolgenden Ehe nicht zu tragen. Der § 2325 Abs. 3 Hs. 2 müsse deshalb wegen der identischen Interessenlage auch auf solche Fälle entsprechend angewandt werden.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Dagegen spricht zunächst einmal der Wortlaut des Gesetzes. Die rein tatsächliche Aufrechterhaltung eines schenkungsbedingten Zustandes nach einer Eheschließung ist nicht selber eine „Schenkungsunter Ehegatten“, die einen entsprechenden Vertrag voraussetzt. Zudem ist die Benachteiligung Dritter bei vorehelichen Schenkungen regelmäßig kein tragendes Motiv, da der Schenker dort jederzeit damit rechnen muß, den geschenkten Gegenstand endgültig zu verlieren. Die spätere Eheschließung kann aber die zunächst nicht gegebene Benachteiligungsabsicht nicht nachträglich begründen.

Im übrigen mag zwar der Gedanke, daß der Erblasser die Folgen der Schenkung nicht zu tragen habe, für den Fall zutreffen, daß die Heirat zeitlich unmittelbar auf die Schenkung folgt. Je länger die Schenkung aber zurückliegt, desto geringer wird die Wahrscheinlichkeit, daß der Beschenkte im Zeitpunkt der Eheschließung noch im Besitz des geschenkten Gegenstandes ist und der Schenker somit während der Ehe noch an ihm partizipieren kann. Dies gilt umso mehr, wenn es sich dabei um Geld oder verbrauchbare Sachen gehandelt hat. Sollen diese also ausgeklammert werden? Wie ehenah soll im übrigen die Schenkung sein, um schon eine entsprechende Anwendung der Sonderregelung für Ehegatten zu rechtfertigen? Praktikable Abgrenzungskriterien, die die Gefahr der Rechtsunsicherheit vermeiden könnten, lassen sich hier nach Ansicht des Senats nicht finden.

Zu bedenken ist schließlich auch, worauf v. *Olshausen* in FamRZ 1995, 717, 719, zu Recht hinweist, daß auch bei Schenkungen unter Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft von vornherein die Möglichkeit einer Weiterbenutzung des geschenkten Gegenstandes durch den Schenker gegeben ist. Eine analoge Anwendung des § 2325 Abs. 3 Hs. 2 auf Schenkungen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, also eine in allen Fällen geltende Verschiebung des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der Beendigung eines solchen Zusammenlebens wird aber zu Recht abgelehnt (vgl. *Soergel-Dieckmann* § 2325 BGB Rdnr. 57). Dann kann das eheähnliche Zusammenleben im Zeitpunkt der Schenkung aber auch kein geeignetes Kriterium dafür sein, gerade und nur den Zeitraum einer später zwischen den Partnern geschlossenen Ehe aus der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 auszuklammern. Das wäre ein Zufallskriterium.

Insgesamt wird die gesetzliche Regelung des § 2325 Abs. 3 Hs. 2 heute als rechtspolitisch kaum geglückt angesehen. Auch dies spricht dagegen, sie ausdehnend analog auf voreheliche Schenkungen auszudehnen (vgl. v. *Olshausen* a.a.O.; *Dieckmann*, FamRZ 1995, 189).

14. BGB §§ 2100, 2136 (*Einsetzung der Ehefrau als befreite Vorerbin*)

1. Setzt der Erblasser in einem gemeinschaftlichen Testament seine Ehefrau als Erbin ein und bestimmt, daß nach beiderseitigem Tode seine Enkelin den wesentlichen Nachlassgegenstand (hier: Hausgrundstück) erhalten soll, so hat das Nachlassgericht als Auslegungsmöglichkeit neben Vollerbschaft und Vorerbschaft auch in Erwägung zu ziehen, daß die Ehefrau als befreite Vorerbin eingesetzt ist.

2. Anhaltspunkte für eine befreite Vorerbschaft können darin liegen, daß anstatt der Kinder des Erblassers eine entferntere Verwandte begünstigt wird und die Ehefrau erheblich zum Erwerb des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens beigetragen hat.

OLG Hamm, Beschluß vom 27.11.1996 – 15 W 355/96 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) ist die Ehefrau des Erblassers. Aus der Ehe stammen zwei Söhne, die Beteiligten zu 3) und 4). Die Beteiligte zu 2) ist die jetzt 23 oder 24 Jahre alte Tochter des Beteiligten zu 4). Der Erblasser war Alleineigentümer eines Grundstücks, auf dem er im Jahre 1958 eine Reichsheimstätte errichtet hatte. Dies geschah unter Mithilfe des unverheiratet gebliebenen Beteiligten zu 3), der bis zum heutigen Zeitpunkt in dem Haus – jetzt zusammen mit seiner Mutter – wohnt. Das Hausgrundstück bildet den wesentlichen Nachlassgegenstand.

Der Erblasser und die Beteiligte zu 1) hatten nach Angaben der Beteiligten zu 1) in einem privatschriftlichen Testament zunächst letztwillig bestimmt, daß die Beteiligten zu 3) und 4) nach dem Tode des Letztversterbenden das Haus erhalten sollten. Dieses Testament haben sie in späterer Zeit wieder aufgehoben, um zu verhindern, daß das Hausgrundstück an die Gläubiger ihrer beiden verschuldeten Söhne fälle. Angeregt durch einen Zeitungsartikel trafen sie am 15.7.1991 folgende von dem Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebene und von der Beteiligten zu 2) unterschriebene letztwillige Verfügung:

„Mein letzter Wille.

Ich [Erblasser] vererbe das Haus, nach meinem Tode meiner Frau [Beteiligte zu 1)], nach beiderseitigen Tode bekommt meine Enkelin [Beteiligte zu 2)] das Haus.“

Nach dem Tode des Erblassers hat die Beteiligte zu 1) am 22.10.1993 beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie aufgrund des privatschriftlichen Testaments vom 15.7.1991 als nicht befreite, alleinige Vorerbin ausweise. Das Amtsgericht hat ihr diesen Erbschein unter dem 14.12.1993 erteilt.

Mit Anwaltschriftsatz vom 27.10.1995 hat sie gegen diese Entscheidung Beschwerde eingelegt. Der Erbschein sei als unrichtig einzuziehen. Sie sei nach anwaltlicher Beratung zu der Erkenntnis gelangt, daß sie und der Erblasser sich gegenseitig zu Vollerben und die Beteiligte zu 2) zur Schlußerbin eingesetzt hätten.

Das AG hat der Beschwerde der Beteiligten zu 1) nicht abgeholfen. Das LG hat die Beteiligten am 16.4.1996 persönlich angehört. Durch Beschluß vom 5.6.1996 hat es das Amtsgericht angewiesen, den Erbschein vom 14.11.1993 einzuziehen.

Die gegen die Entscheidung gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2) führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

Aus den Gründen:

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ausgegangen. Im Erbscheineinziehungsverfahren ist jeder in seinem Erbrecht Beeinträchtigte beschwerdeberechtigt (§ 20

Abs. 1 FGG). Selbst der Antragsteller, auf dessen Antrag der Erbschein erteilt worden ist, kann mit der Beschwerde die Einziehung betreiben, indem er – wie hier – geltend macht, daß der erteilte Erbschein sein Erbrecht nicht richtig verlautbare (vgl. *Keidel/Kuntze*, FG, 13. Aufl., § 84 Rdnr. 23).

Allgemein anerkannt ist auch, daß der Beteiligte, der die Richtigkeit des erteilten Erbscheins bezweifelt, die Wahl hat, entweder beim Nachlaßgericht die Einziehung (§ 2361 BGB) anzuregen oder unmittelbar Beschwerde einzulegen mit dem Ziel, daß das Beschwerdegericht das Nachlaßgericht zur Einziehung des Erbscheins anweise. Vorliegend hat die Beteiligte zu 1) den zweiten Weg gewählt.

2. In der Sache hatte das LG die Voraussetzungen des § 2361 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen. Nach dieser Vorschrift hat das Nachlaßgericht den erteilten Erbschein einzuziehen, wenn sich ergibt, daß er unrichtig ist. Unrichtigkeit liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich nicht mehr vorhanden sind (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 55. Aufl., § 2361 Rdnr. 3). Davon geht das Landgericht offenbar aus, obwohl es versäumt, in den Gründen seiner Entscheidung die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen anzuführen (vgl. § 25 FGG).

Rechtlich unangreifbar ist auch die Würdigung des Landgerichts, die Beteiligte zu 1) und der Erblasser hätten sich in dem in der Form des § 2267 BGB errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 15.7.1991 gegenseitig zu Erben eingesetzt. Diese Annahme nimmt die Rechtsbeschwerde auch hin.

Ausschlaggebend ist deshalb die Frage, ob der Erblasser Vor- und Nacherbschaft, ggf. befreite Vorerbschaft, oder Vollerbschaft verbunden mit einer Schlußerbenregelung angeordnet hat. Dies war im Wege der Auslegung des Testaments vom 15.7.1991 zu beantworten. Die Auslegung durch den Tatrichter ist für das Rechtsbeschwerdegericht bindend, wenn sie mit den gesetzlichen Auslegungsregeln (§ 133 BGB und den übrigen Auslegungsregeln des BGB für Testamente) in Einklang steht, nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist (zwingend braucht sie nicht zu sein), nicht dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung widerspricht, nicht eine etwa zu erwägende Auslegung völlig außer Betracht läßt und schließlich alle wesentlichen Tatsachen in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise berücksichtigt. Rechtsfrage ist auch, ob der Tatrichter eine Willenserklärung zutreffend als eindeutig und damit als nicht auslegungsfähig angesehen hat (*Keidel/Kuntze*, a.a.O. § 27 Rdnr. 48).

Das Landgericht meint: Die Beteiligte zu 1) habe bei ihrer Anhörung vor der Kammer glaubhaft geschildert, daß die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament unter wechselseitiger Einsetzung zu Vollerben hätten errichten wollen. Der Erblasser habe mehrfach erklärt, daß die Beteiligte zu 1) im Falle seines Todes das Haus verkaufen solle, wenn sie damit nicht mehr zurechtkomme und es nicht mehr allein versorgen könne. Da sie es mit gemeinsamen Mitteln erworben und gemeinsam mit Hilfe der Kinder instand gesetzt und ausgebaut hätten, läge auch der Wille nahe, daß das Vermögen dem überlebenden Ehegatten ohne Einschränkung zugute kommen solle. Für die Eheleute sei es dagegen kein dringliches Anliegen gewesen, das Haus gerade der Beteiligten zu 2) zukommen zu lassen und zur Erreichung dieses Ziels die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten erheblich einzuschränken. Dies spreche entscheidend für eine Einsetzung der Beteiligten zu 2) nicht als Nacherbin, sondern als Schluß-

erbin. Das Verhalten der Beteiligten zu 1) nach dem Eintritt des Erbfalls lasse einen anderen Schluß nicht zu. Nach ihrer glaubwürdigen Schilderung habe sie sich von Anfang an gegen die mit einer Vor- und Nacherbschaft verbundenen Folgen gewandt und sich aus diesem Grunde mehrfach um anwaltlichen Rat bemüht.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Landgericht zieht als Auslegungsmöglichkeit nicht in Betracht, daß der Erblasser die Beteiligte zu 1) als *befreite* Vorerbin eingesetzt haben könnte. Diese Möglichkeit beließe ihr die von dem Landgericht hervorgehobene Möglichkeit, über das Hausgrundstück als den wesentlichen Nachlaßgegenstand eine entgeltliche Verfügung zu treffen, wenn sie mit dem Haus nicht mehr zurechtkomme (vgl. §§ 2136, 2112, 2113 Abs. 1 BGB).

Die Befreiung eines Vorerben muß in der letztwilligen Verfügung, durch die er berufen wird, selbst enthalten sein. Dabei ist jedoch eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich. Auch bedarf es keiner bestimmten Ausdrucksweise. Es genügt vielmehr, wenn der dahingehende Wille des Erblassers, hier also der gemeinschaftliche Wille der Eheleute, im Testament irgendwie, wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck kommt. Trifft das zu, so können auch sonstige, außerhalb des Testaments liegende Umstände zu dessen Auslegung herangezogen werden (BGH FamRZ 1970, 192; ständige Rechtsprechung des Senats, z. B. Beschlüsse vom 12.11.1980 – 15 W 161/80 –, vom 29.12.1986 – 15 W 404/86 –, vgl. auch *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2136 Rdnr. 4). In der Rechtsprechung haben sich dazu Fallgruppen typischer Sachlage herausgebildet (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2136 Rdnr. 5). Danach ist u. a. anerkannt, daß der zum Vorerben eingesetzte Ehegatte stillschweigend befreit sein *kann*, wenn der Erblasser wegen Fehlens eigener Abkömmlinge für die Zeit nach dem Tode des berufenen Ehegatten entfernte Verwandte (z. B. Nichten und Neffen) zu Nacherben eingesetzt und der Vorerbe erheblich zum Erwerb des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens beigetragen hat (vgl. BayObLGZ 1960, 432, 436 f.; Senat, Beschluß vom 12.11.1980, a.a.O.). Im vorliegenden Fall hat der Erblasser zwar zwei Söhne. Nach den Angaben der Beteiligten zu 1) bei ihrer Anhörung vom 16.4.1996, die das Landgericht als glaubhaft bezeichnet und offenbar als festgestellt erachtet, sollte durch das Testament jedenfalls auch verhindert werden, daß das Hausgrundstück an diese fiel. Dies war neben dem Umstand, daß die Beteiligte zu 1) durch ihre im Jahre 1964 aufgenommene Berufstätigkeit auch in finanzieller Hinsicht zur Finanzierung des Hauses beigetragen hat, Anhalt genug, um die Anordnung einer befreiten Vorerbschaft in Erwägung zu ziehen.

b) Die Würdigung des LG, für die Eheleute sei es kein dringliches Anliegen gewesen, das Haus gerade der Beteiligten zu 2) zukommen zu lassen, gründet sich auf unzureichende tatsächliche Feststellungen. Das LG verkürzt in unzulässiger Weise das Ergebnis des Anhörungstermins vom 16.4.1996, indem es die Ausführungen der Beteiligten zu 1) nur insoweit berücksichtigt, als sie erklärt hat, der Erblasser habe ihr die Möglichkeit einräumen wollen, im Falle seines Todes das Haus zu verkaufen. Die Beteiligte zu 1) hat darüber hinaus erklärt, sie und der Erblasser hätten im Gegensatz zu einem früheren, seit Jahren aufgehobenen Testament ausschließen wollen, daß das Hausgrundstück den Beteiligten zu 3) und 4) zufalle. Die Beteiligte zu 1) hat dafür auch einen plausiblen Grund genannt, nämlich die erhebliche Verschuldung ihrer

Söhne. Bei dieser Sachlage war bei Testamentserrichtung im Jahre 1991 die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß die Beteiligten zu 1) als Vollerbin dem Druck des im gemeinsamen Haushalt mit ihr lebenden Beteiligten zu 3) erliegen könnten, das Hausgrundstück entgegen der Vorstellung des Erblassers unentgeltlich oder unter Wert auf diesen zu übertragen. Dies hätte aus Sicht der Testierenden die unerwünschte Folge gehabt, daß es seinen Gläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung gestanden hätte. Mit diesem naheliegenden Auslegungsgesichtspunkt setzt sich die Begründung des Landgerichts nicht auseinander.

Des weiteren hätte das LG Feststellungen zu der im Schriftsatz vom 19.4.1996 aufgestellten Behauptung der Beteiligten zu 2) treffen müssen, noch zu Lebzeiten des Erblassers habe dieser wie auch die Beteiligte zu 1) im Familienkreise immer wieder bekräftigt, daß es ihrem Willen entspreche, wenn das Hausgrundstück nach dem Tode des Längstlebenden der Beteiligten zu 2) zufalle, und zwar unter Ausschluß der Beteiligten zu 3) und 4). In diesem Zusammenhang fehlen bisher auch Feststellungen, aus welchem *positiven* Beweggrund gerade die Beteiligte zu 2) in dem Testament vom 15.7.1991 bedacht worden ist. Ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 16.4.1996 ist die Beteiligte zu 1) hierzu nicht befragt worden. Hierauf kommt es aber entscheidend an, um die Frage beantworten zu können, ob ein Auseinanderfallen des Vermögens in seine ursprünglichen Bestandteile (sogenannte Trennungslösung) gewollt war, etwa im Hinblick darauf, daß das im Alleineigentum des Erblassers stehende Hausgrundstück im Familienbesitz bleiben sollte, oder ob die Testierenden trotz der Vermögenslosigkeit der Beteiligten zu 1) die sogenannte Einheitslösung angestrebt haben (vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2269 Rdnr. 2 f., 7 f.).

Schließlich ist auch das weitere Argument des Landgerichts, das Haus sei u.a. mit Mitteln der Beteiligten zu 3) und 4) instand gesetzt und ausgebaut worden, nicht tragfähig für die Annahme, die Begünstigung der Beteiligten zu 2) sei nicht vorrangiges Ziel des Testaments gewesen. Die Rechtsbeschwerde vermißt in diesem Zusammenhang mit Recht konkrete Feststellungen zu der Höhe der Aufwendungen der Beteiligten zu 3) und 4). Abgesehen davon hat die Mithilfe insbesondere des Beteiligten zu 3) bei der Errichtung des Hauses die Testierenden nicht gehindert, ein für diesen günstiges Testament wieder aufzuheben. Auch hätte das Landgericht nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß der Beteiligte zu 3) seit Jahrzehnten das Haus mitbewohnt, so daß er aus der Sicht der Testierenden möglicherweise seine Arbeitsleistungen und etwaige finanzielle Aufwendungen abgewohnt haben könnte.

Der Senat mußte deshalb die angefochtene Entscheidung aufheben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Ermittlungen an das Landgericht zurückverweisen. Je nach Ergebnis der dann zu treffenden Auslegung wird sich die Kammer auch mit der im Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) vom 27.10.1995 hilfsweise erklärten Testamentsanfechtung zu befassen haben.

15. BGB § 2325 (*Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Altenteil*)

Die Vereinbarung eines Leibgedings zugunsten der Veräußerer verhindert nicht den Anlauf der 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB. Pflichtteilergänzungsansprüche bestehen nach Ablauf dieser Frist nicht mehr.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Münster, Urteil vom 26.6.1996 – 1 S 362/95 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar *H.-J. Strotmann*, Rheine

Tatbestand der Schriftleitung:

Am 12.4.1978 übertrugen die Eltern der Parteien der Beklagten ein Hausgrundstück. Den Eltern wurde ein lebenslanges Altenteilsrecht, bestehend aus einem Wohnungsrecht an den drei bisher von ihnen bewohnten Räumen im Erdgeschoß des Hauses sowie Wart und Pflege, eingeräumt.

In einem notariellen Erbvertrag aus dem Jahre 1965 hatten sich die Eltern gegenseitig zu Alleinerben, die Beklagte zur alleinigen Schlußerbin eingesetzt.

Die Mutter der Parteien starb im Jahre 1984, der Vater am 13.1.1992.

Der Kläger macht nunmehr Pflichtteilergänzungsansprüche gegen die Beklagte geltend. Die Klage wurde abgewiesen, die Berufung des Klägers bleibt ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Bezogen auf das der Beklagten mit notariellem Vertrag vom 12.04.1978 übertragene Hausgrundstück – die Eintragung im Grundbuch erfolgte am 11.7.1978 – besteht kein Pflichtteilergänzungsanspruch (§ 2325 Abs. 1 BGB) gegen die Beklagte, die laut Erbvertrag ihrer Eltern vom 2.10.1965 Schlußerbin geworden ist; denn im Zeitpunkt des Erbfalls am 13.1.1992 war die Frist von zehn Jahren seit der Schenkung (§ 2325 Abs. 3 BGB) verstrichen, so daß letztere unberücksichtigt zu bleiben hat und nicht dem Nachlaß hinzugerechnet werden kann.

Entgegen der von der klagenden Partei vertretenen Auffassung handelte es sich bei der Übertragung des Hausgrundstücks um eine „Leistung“ im Sinne der zuletzt genannten Bestimmung, denn die Kammer vermag nicht festzustellen, daß die Eltern der Parteien sowie später – nach dem Tod der Mutter im Jahre 1984 – der Vater sich durch das notariell vereinbarte Altenteil die *wesentliche* Nutzung des Grundstücks vorbehalten haben. Zwar liegt eine „Leistung“ nicht schon dann vor, wenn der Erblasser seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern hinzukommen muß ein Verzicht, den verschenkten Gegenstand im *wesentlichen* weiter zu nutzen, sei es aufgrund vorbehaltenen dinglichen Rechts oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche (vgl. dazu BGHZ 98, 226 ff.; BGH in Rpfleger 1995, 70 ff. = NJW 94, 1791 ff. m.w.N [= MittBayNot 1994, 340] auch für die in der Literatur vertretenen Rechtsauffassungen). Somit ist auch ein Altenteil grundsätzlich geeignet, die dargestellte Voraussetzung zu erfüllen, jedoch kommt es bei der Beurteilung dieser Frage auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, die im zur Entscheidung stehenden Fall zu dem Ergebnis führen, daß eine *wesentliche* Nutzung durch den Erblasser zu verneinen ist.

Das übertragene Grundstück weist eine Größe von 816 qm aus und ist (war) mit einem Haus bebaut, das eine Wohnfläche von ca. 100 qm besitzt; der übrige Teil des Grundstücks, auf dem sich noch ein Stallraum befand, wurde und wird als Garten genutzt (Rasen- und Gemüsefläche nebst kleinem

Baumbestand). In dem notariellen Vertrag hatte sich die Beklagte verpflichtet, ihre Eltern lebenslänglich auf der übertragenen Besitzung mit Wohnung, Kost und Pflege in gesunden und kranken Tagen zu unterhalten. Zur alleinigen Nutzung erhielten die Eltern die von ihnen bisher bewohnten drei Zimmer im Erdgeschoß mit einer Wohnfläche von ca. 33,5 qm; die ebenfalls im Erdgeschoß gelegene Küche und das Bad nebst Toilette nutzten die Eltern und die Familie der Beklagten gemeinsam. Das 1968 ausgebaute Wohnzimmer im Obergeschoß, ein dort gelegenes Schlaf- sowie ein Kinderzimmer – eines der Zimmer wies Schrägen auf – sowie eine Toilette im Obergeschoß bewohnte die Beklagte mit ihrem Ehemann und dem gemeinsamen Sohn. Die Eltern behielten Zugang zu allen Räumen im Haus und Hof.

Bei einer derart vorgenommenen Aufteilung der Nutzungsberechtigungen vermag die Kammer nicht festzustellen, daß der Erblasser sich die *wesentliche* Nutzung des Grundstücks vorbehalten hat, daß eine „wirtschaftliche Ausgliederung“ des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers nicht erfolgt ist oder – wie es auch teilweise in der Literatur anders formuliert worden ist – der Erblasser den „Genuß“ des verschenkten Gegenstandes nicht aufgegeben hat, wie dies z. B. bei uneingeschränktem Vorbehalt eines Nießbrauchs anzunehmen wäre (vgl. BGH a.a.O.). – Ob eine andere Entscheidung zu treffen wäre, wenn sich das Wohnungsrecht auf das gesamte Haus oder auf eine abgeschlossene Wohnung von mehreren in einem Haus befindlichen Einheiten erstrecken würde (vgl. dazu *Reiff* in NJW 1995, 1136 ff., 1137), kann offen bleiben. Eine Regelung wie hier getroffen rechtfertigt es auf jeden Fall nicht, nach Ablauf von mehr als zehn Jahren Pflichtteilergänzungsansprüche auszulösen.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. GmbHG §§ 30, 31, 32 a und b; HGB § 110 (*Anwendung eigenkapitalersetzender Regeln bei Übernahme einer Bürgschaft für GmbH durch Komplementär der Gesellschafterin der GmbH*)

Übernimmt der Komplementär der Gesellschafterin einer GmbH unter seinem Namen eine Bürgschaft zugunsten der GmbH, dann scheidet seine Inanspruchnahme nach eigenkapitalersatzrechtlichen Regeln nicht von vornherein aus, falls der Kredit in der Krise aus Gesellschaftsmitteln zurückgeführt wird. Vielmehr ist der Komplementär einem Gesellschafter der GmbH dann gleich zu achten, wenn er die Kommanditgesellschaft beherrscht oder die Bürgschaft nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als deren Komplementär übernommen hat und deswegen einen Freistellungsanspruch nach §§ 161 Abs. 2, 110 HGB gegen die Kommanditgesellschaft erworben hat.

BGH, Urteil vom 18.11.1996 – II ZR 207/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Gesamtvollstreckungsverwalter über das Vermögen der T.-GmbH W. (im folgenden: GmbH), die mit einem Stammkapital von 123.000,- DM ausgestattet war. Die Gesellschaft hatte bei der V.-Bank N. Kredit in einer Gesamthöhe bis zu 239.000,- DM erhalten, der außer durch Sicherungsübereignungen durch zwei Bürgschaften bis zur Höhe von jeweils 240.000,- DM gesichert

war. Die eine Bürgschaftsurkunde hatte der Gesellschafter O., die andere der Beklagte unterzeichnet. Beide Bürgen waren zu Geschäftsführern der GmbH bestellt worden. Der Beklagte war außerdem einer der beiden Komplementäre der G.-B. KG); diese Gesellschaft hielt ebenso wie der Gesellschafter O. eine Stammeinlage von 50.000,- DM, während sich die restlichen Stammeinlagen von zusammen 23.000,- DM auf drei weitere Gesellschafter verteilten.

Die GmbH geriet seit Mitte 1991 zunehmend in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Im März 1992 war der Schuldsaldo bei der V.-Bank auf knapp 239.000,- DM angelaufen. Nachdem am 29.6.1992 der Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens gestellt worden war, kündigte die Bank die Kredite am 1.7.1992 und verwertete die ihr von der Gesellschaft gestellten Sicherheiten und erlangte daraus Befriedigung ihrer Forderungen. Die Bürgen wurden nicht in Anspruch genommen.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Bürgschaften hätten eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt und hat den Beklagten auf Zahlung eines Teilbetrages von 100.000,- DM in Anspruch genommen. Vor dem LG hatte er Erfolg, während das OLG auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen hat.

Die Revision des Klägers führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das OLG hat offengelassen, ob die von dem Beklagten eingegangene Bürgschaft eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt hat, und hat das Klagebegehren schon daran scheitern lassen, daß der Beklagte weder Gesellschafter der GmbH war, noch zu dem Kreis der einem Gesellschafter ausnahmsweise gleichzusetzenden Dritten gehört habe.

2. Für das Revisionsverfahren ist deswegen zugunsten des Klägers zu unterstellen, daß die für die GmbH übernommene Bürgschaft jedenfalls im Frühjahr 1992 funktionales Eigenkapital dargestellt hat und der Beklagte durch die Verwertung des von der GmbH gestellten Sicherungsgutes durch die V.-Bank eine nach §§ 32b S. 1, 32a Abs. 2 GmbHG bzw. nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln dem Kläger zu erstattende Leistung empfangen hat.

3. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht eine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf den von seiner Bürgschaftsschuld befreiten Beklagten, der unstreitig nicht zu den Gesellschaftern der GmbH gehört, verneint hat, halten der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt der angefochtenen Entscheidung, daß eine Erstreckung der Eigenkapitalersatzregeln auf nicht zum Kreis der Gesellschafter gehörende Dritte nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Nach der Rechtsprechung des Senats gehören zum Normadressatenkreis der genannten Regeln neben verbundenen Unternehmen vor allem solche dritten Personen, die mit Mitteln des Gesellschafter der GmbH Finanzierungshilfen gewähren (BGH ZIP 1993, 1072, 1073 m.w.N.).

b) Die Anwendung jener Grundsätze auf den konkreten Fall durch das Berufungsgericht begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken, weil das OLG den Sachvortrag der Parteien samt den zugehörigen Urkunden nicht vollständig gewürdigt hat. Aus dem zwischen der V.-Bank N. und der GmbH geschlossenen Kreditvertrag vom 29.1.1991 ist zu entnehmen, daß die Darlehen neben Sicherungsübereignungen durch zwei selbstschuldnerische Bürgschaften in Höhe von je 240.000,- DM gesichert werden sollten, die neben dem Gesellschafter O. der Beklagte zu stellen hatte, der dabei ausdrücklich ebenfalls als „Gesellschafter“ bezeichnet wurde.

(1) Diese Gleichsetzung des Beklagten mit der von ihm als einer der beiden Komplementäre geführten Gesellschaft hätte dem Berufungsgericht Anlaß zu der Prüfung geben müssen, ob nicht die Bürgschaft des Beklagten schon deswegen der KG zuzurechnen war, weil er diese Gesellschaft beherrschte. Eine entsprechende Behauptung hatte der Kläger schon in der Klageschrift aufgestellt, indem er vorgetragen hatte, dem Beklagten „gehöre“ die G.-B. KG. Der von ihm zugleich vorgelegte Handelsregistrauszug der KG, nach welchem neben dem Beklagten noch Herr J. B. als Komplementär und Frau Gi. B. als Kommanditistin an der Gesellschaft beteiligt sind, steht der Annahme einer derartigen Beherrschung nicht von vornherein entgegen.

(2) Selbst wenn aber eine derartige Beherrschung nicht feststellbar sein sollte, läßt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht ausschließen, daß der Beklagte – wie das Berufungsgericht formuliert hat – „die Bürgschaftserklärung mit Mitteln oder für Rechnung“ der G.-B. KG abgegeben hat. Dafür spricht, daß die kreditgewährende V.-Bank, wie sich aus dem vorgelegten Kreditvertrag ergibt, nicht etwa eine Bürgschaftsverpflichtung der Geschäftsführer der GmbH verlangt hat, sondern offenbar – wie dies einer gängigen auf die finanzielle Identifikation der Gesellschafter mit der GmbH abzielenden Bankpraxis entspricht – eine Sicherung ihrer Darlehen durch die beiden zu jeweils mehr als 40% an der GmbH beteiligten Gesellschafter erhalten wollte. Würdigt man die Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung durch den Beklagten nicht isoliert, sondern stellt diesen Vorgang in den Gesamtzusammenhang der Kreditgewährung und der von der V.-Bank gestellten Bedingungen, dann kann die Bürgschaft durch den Beklagten – was das Berufungsgericht nicht erwogen hat – in seiner Eigenschaft als einer der beiden Komplementäre der G.-B. KG übernommen worden sein. Die Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung wäre dann als Aufwendung in einer die KG betreffenden Angelegenheit einzuordnen und löste nach §§ 161 Abs. 2, 110 HGB einen Freistellungsanspruch des Komplementärs gegen diese Gesellschaft aus. In diesem Fall stammte die in Form der Bürgschaft gewährte und – nach der revisionsrechtlich gebotenen Unterstellung – Eigenkapital ersetzende Hilfe letztlich aus dem Vermögen der Gesellschafterin der GmbH und wäre – entgegen der Annahme des Berufungsgerichts – für Rechnung der G.-B. KG von dem Beklagten übernommen worden.

4. Damit das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien vollständig würdigen und die gegebenenfalls erforderlichen Feststellungen zu der Frage treffen kann, ob die Bürgschaft eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt hat, ist die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

17. GmbHG § 19 Abs. 1 (*Keine Erbringung einer Bareinlage bei Überweisung mit der Zweckangabe „Einlage/Darlehen“*)

Der Gesellschafter einer GmbH erbringt seine Bareinlage nicht wirksam dadurch, daß er an die Gesellschaft einen Gesamtbetrag unter Angabe des Verwendungszwecks „Einlage/Darlehen“ überweist, welcher ausschließlich als Darlehenszahlung verbucht wird.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Oldenburg, Urteil vom 10.10.1996 – U 89/96 –

Tatbestand der Schriftleitung:

Der beklagte Gesellschafter einer GmbH wurde vom Kläger, dem Konkursverwalter über das Vermögen dieser Gesellschaft, auf Zahlung eines Teils der Stammeinlage in Höhe von 12.500 DM in Anspruch genommen. Der Beklagte verweigerte die Zahlung mit der Begründung, seine Stammeinlage durch Überweisung eines Geldbetrags zu 50.000 DM am 2.8.1991 in voller Höhe erbracht zu haben. Auf dem Überweisungsträger hatte der Beklagte als Verwendungszweck „Einlage/Darlehen“ vermerkt. Die Zahlung war vollständig als Darlehen verbucht worden.

Das LG hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung des Konkursverwalters hatte bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Dem Kläger steht gemäß § 19 Abs. 1 GmbHG ein Anspruch gegen den Beklagten auf Einzahlung des zweiten Teils der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Stammeinlage in Höhe von 12.500,- DM zu. Diesen Betrag hat der Beklagte bisher nicht geleistet. Insbesondere ist keine Erfüllung der Schuld durch die am 2.8.1991 vorgenommene Überweisung in Höhe von 50.000,- DM eingetreten. Im Gegensatz zu der vom Landgericht vertretenen Auffassung ist der auf dem Überweisungsträger enthaltene Verwendungszweck nicht eindeutig. Zwar mag die Bezeichnung „Einlage/Darlehen“ die Deutung zulassen, daß in Höhe von 12.500,- DM eine Zahlung auf die noch offene Stammeinlage erfolgen, während der verbleibende Rest von 37.500,- DM der GmbH als Darlehen zur Verfügung gestellt werden sollte. Es kommt aber zumindest ebenso naheliegend in Betracht, daß der gesamte Betrag der GmbH als Darlehen überlassen werden sollte. Für diese Möglichkeit spricht, daß der Beklagte auf dem Überweisungsträger weder den zuvor benutzten Begriff der „Geschäftseinlage“ noch den im GmbHG enthaltenen Begriff der „Stammeinlage“ verwendet hat. Es kommt hinzu, daß der eingezahlte Betrag der Höhe nach den Betrag der noch offenen Stammeinlage erheblich überstieg. Wenn der Beklagte tatsächlich die Absicht gehabt haben sollte, in erster Linie auf die offene Stammeinlage zu zahlen und der GmbH nur in Höhe des verbleibenden Betrages ein Darlehen zur Verfügung zu stellen, so hätte die Verwendung von zwei Überweisungsträgern oder jedenfalls eine Aufteilung des Zahlungsbetrages nahegelegen.

Soweit der Beklagte sich darauf beruft, im Zeitpunkt der Einzahlung hätten der GmbH gegen ihn keine anderen Forderungen zugestanden, so daß die Einzahlung¹ schon deshalb lediglich auf die Stammeinlage erfolgt sein könne, läßt er unberücksichtigt, daß dann auch kein Grund erkennbar ist, warum er den für die Erfüllung der Stammeinlagenschuld benötigten, überschießenden Betrag von 37.500,- DM an die GmbH geleistet hat. Da er die Zahlung dieses Betrages als Gewährung eines Darlehens an die GmbH verstanden wissen will, ist nicht ausgeräumt, warum dann nicht der gesamte Betrag darlehensweise hingegeben worden sein soll. Gerade dieser Umstand spricht hier entscheidend dafür, daß der Beklagte mit der Verwendungsbestimmung „Einlage/Darlehen“ keine Zahlung auf die Stammeinlage, sondern die Gewährung eines Darlehens in Höhe von 50.000,- DM bezweckt hat. Aus diesem Umstand folgt nicht nur, daß der Beklagte eine Zahlung auf eine bis dahin nicht vorhandene Schuld geleistet hat, sondern auch, daß die von ihm getroffene Bestimmung des Verwendungszwecks auf dem Überweisungsträger nicht eindeutig ist.

Diese besonderen Umstände führen dazu, daß das vom Beklagten bezüglich der Darlegungs- und Beweislast für maßgeblich gehaltene Urteil des OLG Stuttgart (NJW 1987,

1032) hier nicht zur Anwendung gelangt. Vielmehr obliegt es ihm nach den allgemeinen Beweislastregeln, darzulegen und zu beweisen, daß die Zahlung auf die restliche Stammeinlage erfolgt ist. Diesen Beweis hat der Beklagte nicht geführt. Soweit er sich auch in zweiter Instanz zum Beweis dafür, daß er bezüglich der Verbuchung der Einzahlung von 50.000,- DM nicht die Weisung erteilt hat, daß diese Zahlung vollständig als Darlehen verbucht werden sollte, auf den Zeugen Sch. beruft, war diesem Beweisantritt nicht nachzugehen. Denn es kommt nicht darauf an, welche Anweisung der Beklagte in bezug auf die Verbuchung des Betrages nicht gegeben hat, sondern auf eine positive Anweisung, in Höhe von 12.500,- DM eine Verbuchung auf die Stammeinlage vorzunehmen.

Eine solche Buchung ist ausweislich der vom Zeugen W. erstellten Abrechnungsunterlagen nicht erfolgt. Diese Unterlagen, die auf der Grundlage der zum damaligen Zeitpunkt für die Gemeinschuldnerin tätigen steuerlichen Berater gefertigt worden sind, ergeben, daß Ende 1991 Stammeinlagen in Höhe von 25.000,- DM offenstanden, wovon 12.500,- DM auf den Beklagten entfielen. Außerdem ist den Unterlagen zu entnehmen, daß dem Beklagten gegen die Gemeinschuldnerin eine Darlehensforderung in Höhe von 51.200,- DM zustand. Da der Beklagte nicht substantiiert dargelegt hat, daß und ggfs. in welcher Höhe er der GmbH – weitere – Darlehen gewährt hat, ist davon auszugehen, daß die als Darlehen gebuchte Verbindlichkeit der Gemeinschuldnerin ihre Grundlage in der Überweisung vom 12.8.1991 einschließlich der bis zum Ende des Jahres aufgelaufenen Zinsen hat. Infolge des Fehlens einer eindeutigen Verwendungsbestimmung kommt den Buchhaltungsunterlagen jedenfalls die Indizwirkung für die Annahme der Gewährung eines Darlehens in Höhe von 50.000,- DM zu (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 35).

18. GmbHG § 34 (*Austritt eines Gesellschafters aus einer GmbH ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes*)

1. Der Austritt eines Gesellschafters aus einer GmbH ist auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung zulässig, soweit keine Gläubigerinteressen tangiert werden.
2. Die Kündigungserklärung des Gesellschafters beinhaltet zugleich seine Zustimmung zur Einziehung seines Geschäftsanteils; die Zustimmung ist gemäß § 183 S. 1 Hs. 2 BGB nicht widerruflich.

OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996 – 3 U 130/95 –, mitgeteilt von Dr. Hermann Kochs, Richter am OLG Köln

19. GmbHG § 10 (*Eintragungsfähigkeit einer von der Satzung abweichenden Vertretungsregelung*)

Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH, die die Gesellschafterversammlung ermächtigt, eine von der allgemeinen Regelung der Satzung abweichende Vertretungsregelung für die Geschäftsführer zu treffen, kann nicht im Handelsregister eingetragen werden (wie OLG Frankfurt OLGZ 1994, 288).

OLG Hamm, Beschluß vom 4.9.1996 – 15 W 235/96 –, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Richter am OLG Hamm

20. UmwG §§ 6, 13 Abs. 2; EGBGB Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 (*Unwirksamkeit eines in Österreich beurkundeten Verschmelzungsvertrags*)

Die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags durch einen österreichischen Notar erfüllt nicht das Formerfordernis der notariellen Beurkundung gemäß §§ 6 und 13 Abs. 3 UmwG.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

AG Kiel, Beschluß vom 17.3.1997 – 4 GnR 433 –

Aus dem Tatbestand:

Die Genossenschaft R. eG mit Sitz in F. – als übertragende Genossenschaft – hat mit der R. eG mit Sitz in N. – als übernehmender Genossenschaft – einen Verschmelzungsvertrag beschlossen.

Für diesen Verschmelzungsvertrag ist gemäß § 6 UmwG das Formerfordernis der notariellen Beurkundung vorgeschrieben.

Der am 14.11.1996 geschlossene Vertrag ist von einem öffentlichen Notar mit dem Amtssitz in Innsbruck/Österreich beurkundet worden.

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 24.2.1997 diese Form der notariellen Beurkundung beanstandet und sich dabei auf den Beschluß des Landgerichts Augsburg vom 4.6.1996 (MDR 1996, 1025 = MittBayNot 1996, 318) bezogen, wonach der Vertrag über die Verschmelzung zweier Gesellschaften durch einen ausländischen Notar nicht wirksam beurkundet werden kann.

Es hat die Zurückweisung für den Fall angekündigt, daß nicht binnen drei Wochen die Rücknahme der Anmeldung erfolgen würde.

Die Genossenschaft hat durch ihren Prüfungsverband mit Schreiben vom 3.3.1997 zu der Frage der Zulässigkeit der notariellen Beurkundung im Ausland Gegenvorstellungen erhoben, ihre Motive begründet und mit umfangreichem Schriftmaterial die herrschende Meinung dargelegt. Eine Rücknahme der Anmeldung sei nicht zu erwarten.

Das Registergericht wies daraufhin den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung in das Genossenschaftsregister zurück.

Aus den Gründen:

Das Registergericht hat die vorgelegten und zitierten Entscheidungen und Kommentare gelesen und zu bewerten versucht.

Danach gilt das Formerfordernis der notariellen Beurkundung für den Verschmelzungsvertrag zweier Genossenschaften erst seit Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes vom 28.10.1994.

§ 6 UmwG schreibt die Beurkundung durch einen Notar vor.

Umstritten ist, ob die Beurkundung zwingend durch einen deutschen Notar erfolgen muß. Grundsätzlich kann das Formerfordernis auch durch einen ausländischen Notar erfüllt werden (BGH, Beschluß v. 16.2.1981 – NJW 81, 1160 = MDR 8, 1981; Palandt, 55. Aufl. 1996, Rdnr. 8 zu (IPR) EGBGB Art. 11).

Dabei wird auf die Gleichwertigkeit ausländischer Beurkundungen abgestellt (Baumbach/Hueck, 16. Aufl. 1996, Rdnr. 40 zu § 53 GmbHG).

Wegen der Warn- und Beweis Zwecke der geforderten notariellen Beurkundung obliegt dem Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG eine Prüfungs- und Belehrungspflicht.

Nach herrschender Meinung kann auf diese Pflicht durch die Vertragsparteien verzichtet werden.

„Einem solchen Verzicht kommt es praktisch gleich, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchen ... und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein gar nicht erwarten können“ (BGH, Beschluß v. 16.2.1981, a.a.O., Palandt, a.a.O.).

Neben der Warn- und Beweisfunktion hat die notarielle Beurkundung aber auch eine Rechtspflegefunktion. Sie dient in erster Linie der materiellen Richtigkeitsgewähr und bezweckt, die Rechtmäßigkeitsprüfung nicht allein dem Registerrichter – hier Rechtspfleger – aufzuerlegen (*Scholz, GmbHG, 7. Aufl. Bd. II 1988, Rdnr. 70 zu § 53; OLG Hamburg, Beschluß v. 7.5.1993 – NJW-RR 1993, S. 1319*).

Der Verschmelzungsvertrag mit dem Formerfordernis des § 6 UmwG ist notwendige Voraussetzung für die Eintragung der Verschmelzung in das Genossenschaftsregister (§§ 4, 5, 16, 17 UmwG).

Die Prüfung der materiellen Richtigkeitsgewähr würde dem Registergericht – Rechtspfleger – obliegen, wenn auch die dem Notar auferlegte Rechtmäßigkeitsprüfung verzichtbar wäre, und der Verschmelzungsvertrag durch einen ausländischen Notar beurkundet werden könnte.

Das kann der Gesetzgeber mit der – neuen – Normierung durch § 6 UmwG nicht beabsichtigt haben.

Daher mag die Belehrung durch den Notar verzichtbar sein, die dem Notar im Interesse der Rechtspflege auferlegte Rechtmäßigkeitsprüfung ist es nicht (*Scholz, GmbHG, a.a.O. Rdnr. 72*).

Die Anmeldung war daher gem. § 11 a Abs. 1 GenG zurückzuweisen.

Kostenrecht

21. KostO § 19, § 21 Abs. 2; WEG § 8 (*Geschäftswert bei Begründung von Wohnungseigentum*)

Sind zur Zeit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher (Teileigentumsgrundbücher) im Fall des § 8 WEG die Wohnungseinheiten bereits zu 40% verkauft, so kann der Wert des Grundstücks als Geschäftswert im Sinne von § 21 Abs. 2, § 19 Abs. 2 KostO aus den dabei erzielten Kaufpreisen hochgerechnet werden.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluß vom 26.6.1996 – 3 Z BR 59/96 –

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notarieller Urkunde vom 17.3.1994 teilte die Beteiligte ihr Grundstückseigentum nach § 8 WEG in der Weise auf, daß Wohnungseigentum an 31 Wohnungen und Teileigentumsrechte an einem Keller und 47 Tiefgaragenstellplätzen begründet werden sollten. Die Teilungserklärung wurde am 15.6.1994 im Grundbuch vollzogen. Das Grundstück war zu diesem Zeitpunkt noch nicht bebaut; es waren jedoch bereits Wohnungs- und Teileigentumseinheiten an Dritte verkauft worden.

2. Mit Kostenrechnung vom 15.6.1994 forderte der Kostenbeamte des Grundbuchamts von der Beteiligten für den Vollzug der Teilungserklärung Gebühren in Höhe von 3 565 DM. Er ging dabei von einem Geschäftswert von 4 666 000 DM aus. Zu dessen Berechnung hatte er aus bereits vorliegenden Kaufverträgen die Werte für einen Tiefgaragenstellplatz sowie den Durchschnittswert je $\frac{1}{1000}$ Anteil der Wohnungen ermittelt und diese Werte mit der Zahl der Tiefgaragenstellplätze bzw. der Gesamtzahl der $\frac{1}{1000}$ Miteigentumsanteile multipliziert und damit einen Gesamtwert von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten von 9 333 313,92 DM ermittelt. Gemäß § 21 Abs. 2 KostO setzte er die Hälfte des so ermittelten Grundstückswerts als Geschäftswert an.

Hiergegen erhob die Beteiligte Erinnerungen. Als Geschäftswert dürfe nicht die Summe der vorgesehenen Verkaufserlöse zugrunde gelegt werden, sondern nur die Summe von Grundstücksbeschaffungskosten, reinen Baukosten nach Kostengruppe III DIN 276 und

Baunebenkosten nach Kostengruppe VII DIN 276. Maßgebend seien die Herstellungskosten, nicht die Verkaufserlöse, zumal letztere allgemeine Betriebskosten, Provisionen, Wagnis und Gewinn enthielten, die für die Aufteilung des Grundstücks ohne Relevanz seien.

Die Erinnerungen der Beteiligten sowie deren Beschwerde und weitere Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Geschäftswert für die Anlegung der Wohnungsgrundbücher (Wirksamwerden der Teilungserklärung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG) zutreffend festgesetzt.

Nach § 21 Abs. 2 KostO ist bei der Begründung von Wohnungseigentum (Teileigentum) als Geschäftswert die Hälfte des Werts des Grundstücks (§ 19 Abs. 2 KostO) anzunehmen.

Nach § 18 Abs. 1 KostO werden die Gebühren nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat. Fällig wurden die Gebühren mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts (§ 7 KostO), hier der Anlegung der Wohnungsgrundbücher (Teileigentumsgrundbücher, § 76 Abs. 1 KostO) am 15.6.1994. Zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück zwar noch nicht bebaut; maßgebend ist jedoch nach allgemeiner Meinung der Wert des Grundstücks in demjenigen Zustand, in dem er zum Gegenstand des Geschäfts gemacht wird (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – nachfolgend Korintenberg – KostO 13. Aufl. § 18 Rdnr. 4*), und das ist bei Wohnungseigentumsgeschäften stets das Grundstück in bebaubarem Zustand (BayObLGZ 1991, 306/308; vgl. auch BayObLGZ 1982, 96; BayObLG JurBüro 1994, 623; *Rohs/Wedewer KostO 3. Aufl. Rdnr. 13, Korintenberg Rdnr. 12, je zu § 21*).

Es ist also der Wert des bebauten Grundstücks nach § 19 Abs. 2 KostO zu ermitteln. Nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert – als dem gemeinen Wert im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO – möglichst nahe zu kommen. Der Verkehrswert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (BayObLG JurBüro 1982, 1548/1549). Bei Vorliegen eines Kaufvertrags kommt der Wert der Sache in dem Kaufpreis und den sonstigen Gegenleistungen des Käufers in aller Regel am besten zum Ausdruck (*Rohs/Wedewer § 20 Rdnr. 1*).

Die Heranziehung der zum Gebührenfälligkeitzeitpunkt vorliegenden Kaufpreise für Eigentumswohnungen und Tiefgaragenstellplätze zur Berechnung des Grundstückswerts durch den Kostenbeamten ist deshalb gerechtfertigt. Zwar waren nach der Berechnung des Kostenbeamten zum maßgebenden Zeitpunkt noch nicht alle Eigentumswohnungen und Tiefgaragenstellplätze verkauft. Nachdem jedoch annähernd 40% davon abgesetzt worden waren und sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, daß die verkauften Wohnungseinheiten dem Durchschnitt des Gesamtwohnungsbestandes nicht entsprechen hätten, sind deren Preise als auf dem Markt erzielbar anzusehen und damit der gesamten Wertberechnung zugrunde zu legen. Die vom Landgericht und Amtsgericht vorgenommene Hochrechnung der Kaufpreise aus den bereits verkauften Wohnungs- und Teileigentumseinheiten auf den Wert des gesamten Grundstücks ist deshalb nicht zu beanstanden.

22. KostO § 156 (*Rechtskraft einer gemäß § 156 KostO ergangenen gerichtlichen Entscheidung*)

Legt der Kostenschuldner gegen eine notarielle Kostenrechnung erfolglos Beschwerde mit dem Ziel der Herabsetzung des in Ansatz gebrachten Geschäftswertes ein und wird die Zurückweisung der weiteren Beschwerde damit begründet, anstelle des abgerechneten Geschäftswertes hätte bei richtiger Wertermittlung sogar ein höherer Wertansatz zugrunde gelegt werden müssen, so ist der Notar wegen der materiellen Rechtskraft der gemäß § 156 KostO ergangenen gerichtlichen Entscheidungen gehindert, Gebühren nach Maßgabe des richtigen – höheren – Geschäftswertes nachzufordern.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 18.6.1996 – 10 W 54/96 –, mitgeteilt von *Rolf Krücker*, Richter am OLG Düsseldorf

Aus dem Tatbestand:

Mit seiner Kostenliquidation vom 4.4.1995 hat der Notar und Beschwerdegegner seine Beurkundungstätigkeit im Zusammenhang mit einem grundstücksbezogenen Auseinandersetzungsvertrag nach einem Geschäftswert von 1,4 Mill. DM mit insgesamt 6.473,35 DM in Rechnung gestellt. Durch Beschluß vom 20.7.1995 hat das Landgericht die dagegen gerichtete Beschwerde des Kostenschuldners, der eine Reduzierung des Geschäftswertes auf einen Betrag zwischen 500.000 DM und 600.000 DM erstrebte, zurückgewiesen. Auch seine weitere Beschwerde ist nach Maßgabe des Beschlusses des erkennenden Senats vom 17.10.1995 erfolglos geblieben. In dieser Entscheidung hat der Senat u. a. ausgeführt, der Kostengläubiger habe in Anwendung des § 44 Abs. 2 a KostO die Beurkundungsgebühr richtigerweise nach den zusammengerechneten Geschäftswerten von 1,8 Mill. DM erheben müssen. Daraus folge, daß der Kostenschuldner durch den beanstandeten Geschäftswert von 1,4 Mill. DM nicht rechtswidrig benachteiligt sei. Durch die angefochtene Kostenliquidation vom 14.11.1995 stellt der Beschwerdegegner seine Beurkundungstätigkeit nochmals in Rechnung, wobei er nunmehr auf der Grundlage eines Geschäftswertes von 1,8 Mill. DM eine Gebührenforderung von 7.680,85 DM errechnet. Die Kostenaufstellung ist am Ende mit dem folgenden Zusatz versehen: „Die Berichtigung wurde notwendig aufgrund des Beschlusses des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 17.10.1995. Aufgrund der Beschwerde des Rechtsanwaltes S. wurde der Geschäftswert von 1.400.000,00 DM auf 1.800.000,00 DM erhöht.“ Das gegen diese berichtigte Kostenrechnung gerichtete Rechtsmittel, mit welchem der Beschwerdeführer sich gegen seine zusätzliche Inanspruchnahme wendet, hat das Landgericht zurückgewiesen.

Auf die weitere Beschwerde des Beschwerdeführers hob das OLG die berichtigte Kostenrechnung vom 14.11.1996 auf.

Aus den Gründen:

Nach § 156 KostO ergangene gerichtliche Entscheidungen sind der materiellen Rechtskraft zugänglich. Einwendungen des Kostenschuldners gegen die Kostenberechnung des Notars können unter Ausschluß der streitigen Gerichtsbarkeit ausschließlich in dem in § 156 KostO geregelten Verfahren geltend gemacht werden. In dem Umfang, in welchem das Gericht über die Kostenberechnung des Notars rechtskräftig erkennt, ist die Entscheidung für alle Kostenschuldner und den Notar einschließlich der Dienstaufsichtsbehörde bindend. Ist die Liquidation allgemein in Bezug auf den Geschäftswert, Gebührenansatz und Höhe der Gebühr nachgeprüft, so ist damit endgültig bestimmt, was der Notar für seine zu vergütende Tätigkeit zu erhalten hat. Ist die gerichtliche Entscheidung in Rechtskraft erwachsen, kann sie weder durch den Kostenschuldner mittels neuer Einwendungen noch durch den Notar im Wege einer Nachforderung in Frage

gestellt werden. Die Rechtskraft erfaßt alle bei ihrem Eintritt objektiv bestehenden Einwendungen des Kostenschuldners ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis (*Rohs/Wedewer/Belchous*, Kommentar zur KostO, § 156 Rdnr. 93; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kommentar zur KostO, § 156, Rdnr. 99 mit Hinweis auf KG DNotZ 1943, 17; 1963, 346; KG Rpfleger 1962, 456, 457).

Entgegen der Begründung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts besteht im vorliegenden Fall keine Besonderheit, welche die Feststellung zuläßt, daß der Kostengläubiger nicht an die gemäß § 156 KostO ergangenen gerichtlichen Entscheidungen gebunden ist und die Befugnis zur Nachliquidation hat. Insbesondere vermag die Begründung des Landgerichts nicht zu überzeugen, die Frage, ob dem Kostengläubiger weitergehende Ansprüche zustünden, wenn sich der von ihm gewählte Ansatz der Berechnung nach § 44 Abs. 1 KostO als unzutreffend erweisen sollte, sei mangels Beschwer des Kostenschuldners nicht Verfahrensgegenstand gewesen. Denn es ist nicht entscheidend, ob die eine oder andere gesetzliche Bestimmung anzuwenden ist, vielmehr kommt es allein darauf an, ob dem Notar ein Gebührenanspruch aufgrund eines bestimmten, in der früheren Entscheidung beurteilten Sachverhalts zusteht (*Rohs/Wedewer/Belchous*, a.a.O.; OLG Oldenburg, NJW 1964, 2426). Der in den früheren Entscheidungen des Landgerichts und des erkennenden Senats beurteilte Sachverhalt, nämlich die gebührenrechtliche Bewertung der Beurkundungstätigkeit des Kostengläubigers ist identisch mit demjenigen, welcher der streitigen Nachliquidation vom 14.11.1995 zugrunde liegt. Das Landgericht weist zu Recht darauf hin, daß die Angaben des Geschäftswertes und der angewendeten Gebührenvorschriften lediglich die Bedeutung einer – allerdings denkbar kurz gefaßten – Begründung für den geltend gemachten Zahlungsanspruch haben. Greift der Kostengläubiger für die Bestimmung des Geschäftswertes auf eine andere Vorschrift zurück, so daß eine Erhöhung des Wertansatzes eintritt, modifiziert er im Ergebnis lediglich die Begründung seiner Zahlungsforderung, ohne daß sich die für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Grundlagen aus dem zur Abrechnung gestellten Sachverhalt ändern. Eine nach § 156 KostO ergangene rechtskräftige Entscheidung schließt es aus, daß der Notar nachträglich aus einem Beurkundungsgeschäft infolge Annahme eines modifizierten Geschäftswertes andere und weitere Kostenansprüche erhebt, als ihm durch die vorausgegangene Entscheidung zuerkannt worden sind (KG Rpfleger 62, 456, 458).

Die Rechtmäßigkeit der streitigen Nachliquidation läßt sich nicht mit der Vorschrift des § 140 KostO begründen, wonach der Notar grundsätzlich verpflichtet ist, die gesetzlich vorgeschriebenen – also auch die nach den einschlägigen Wertbestimmungen ermittelten – Gebühren zu erheben. Diese Verpflichtung besteht nicht uneingeschränkt. Liegt etwa eine unrichtige Sachbehandlung des Notars im Sinne des § 16 KostO vor, so kann sich für ihn die Notwendigkeit ergeben, von der Berechnung der – an sich richtig berechneten – Kosten abzusehen (*Rohs/Wedewer/Belchous*, § 16 Rdnr. 22 sowie § 140 Rdnr. 14d). Der Notar darf nicht in die Lage versetzt werden, durch eine Neuberechnung seiner bereits abschließend liquidierten Gebührenforderung, etwa durch Änderung des zugrundegelegten Geschäftswertes, eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zu erreichen, die zuvor nach Maßgabe des § 156 KostO ergangen sind.

Öffentliches Recht

23. WEG §§ 1, 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1 und 2, 8 (Nachträgliche Kraftloserklärung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung)

Die Baubehörde darf eine von ihr erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung nachträglich für kraftlos erklären, wenn der zugrundeliegende Aufteilungsplan durch bauliche Veränderungen des Gebäudes unrichtig geworden ist und den Umfang des Sondereigentums sowie des Gemeinschaftseigentums und der zulässigen Nutzung nicht mehr zutreffend darstellt.

Urteil des BVerwG vom 8.12.1995 – BVerwG 8 C 37.93 –

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war Eigentümerin mehrerer mit mehrgeschossigen Wohnhäusern bebauter Grundstücke. Für drei der Wohngrundstücke hatte die Beklagte im Jahre 1967 zur beabsichtigten Bildung von Wohnungseigentum Abgeschlossenheitsbescheinigungen nach Maßgabe der eingereichten Aufteilungspläne erteilt. Es war danach die Bildung von insgesamt 140 Wohnungen vorgesehen. Für die Wohnungen Nr. 92 bis 140 erteilte die Beklagte im Juni 1988 eine „Zweitschrift der Bescheinigung vom 2.2.1967“. Abweichend von den Aufteilungsplänen, die den Abgeschlossenheitsbescheinigungen zugrunde lagen, aber nicht zur Bildung von Wohnungseigentum führten, wurden in den Häuserzeilen später bauliche Änderungen, vor allem durch den weiteren Ausbau von Wohnungen im Dachgeschoß, vorgenommen.

Am 30.8.1988 teilte die Beklagte dem Grundbuchamt mit, die im Jahre 1967 erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigungen würden für kraftlos erklärt, weil der derzeitige Bauzustand von demjenigen zur Zeit der Erteilung der Bescheinigungen abweiche und weil auch die Wohnungsdecken und Wohnungstrennwände den Anforderungen an den Wärme-, Brand- und Schallschutz nicht entsprächen.

Das Grundbuchamt lehnte daraufhin einen Antrag der Klägerin auf Eintragung von Wohnungseigentum nach Maßgabe der 1967 erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigungen ab.

Die unter Vorlage neuer Aufteilungspläne gestellten Anträge der Klägerin auf Erteilung neuer Abgeschlossenheitsbescheinigungen für die Wohngebäude, und zwar in erster Linie für eine Aufteilung nach Wohnungen, hilfsweise nach Häusern und nach Geschossen, lehnte die Beklagte mit Bescheiden vom 11.10.1989 wegen der nicht den bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Wohnungstrennwände und Wohnungsdecken ab.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, den „Bescheid“ der Beklagten vom 30.8.1988 über die Kraftloserklärung der Abgeschlossenheitsbescheinigungen aufzuheben, hilfsweise festzustellen, daß die Kraftloserklärung der Abgeschlossenheitsbescheinigungen unwirksam sei, sowie weiterhin die Bescheide der Beklagten vom 11.10.1989 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Anträgen der Klägerin auf Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigungen zu entsprechen.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat Berufung eingelegt, mit der sie zunächst ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt hat. Während des Berufungsverfahrens hat sie die Wohngrundstücke veräußert. Sie hat sich dabei nach ihren Angaben von ihr bereits gerichtlich geltend gemachte Ansprüche gegen die Beklagte auf Schadensersatz und Entschädigung im Zusammenhang mit der Kraftloserklärung und Verweigerung neuer Abgeschlossenheitsbescheinigungen vorbehalten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat sie beantragt, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und festzustellen, daß die „Bescheide“ der Beklagten vom 30.8.1988 über die Kraftloserklärung der Abgeschlossenheitsbescheinigungen rechtswidrig gewesen seien und daß die Beklagte die beantragte Erteilung neuer Abgeschlossenheitsbescheinigungen rechtswidrig verweigert habe.

Der VGH hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

In der Sache stimmt der erkennende Senat dem angefochtenen Urteil aus folgenden Erwägungen zu:

Fehlt es an der Voraussetzung der Abgeschlossenheit, ist ebenso wie die Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch deren nachträgliche „Kraftloserklärung“ durch die Baubehörde gerechtfertigt, weil durch eine solche Richtigstellung der inhaltlich falschen behördlichen Wissenserkklärung eine der Ordnungsvorschrift des § 3 Abs. 2 WEG widersprechende Eintragung von nicht abgeschlossenem Wohnungseigentum verhindert werden kann. Zwar stellt das Abgeschlossenheitsgebot des § 3 Abs. 2 WEG nur eine Ordnungsvorschrift dar, mit der der Eintritt unklarer Verhältnisse vermieden werden soll. Durch eine vom Grundbuchamt vorgenommene Eintragung entsteht deshalb Sondereigentum gemäß dem Aufteilungsplan auch dann, wenn die Abgeschlossenheitsvoraussetzungen tatsächlich nicht vorliegen (vgl. BGH NJW 1990, 1111, 1112 [= MittBayNot 1990, 106]). Ebensowenig wird der Fortbestand des Wohnungseigentums durch bauliche Veränderungen berührt, die die Abgeschlossenheit nachträglich aufheben (vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, 717). Das ändert jedoch nichts daran, daß Grundbuchamt und Baubehörde die Ordnungsvorschrift des § 3 Abs. 2 WEG zu beachten haben. Mit Blick auf das mit ihr verfolgte Ziel des Gesetzgebers, die Eintragung von Wohnungseigentum zu verhindern, wenn es an der Abgeschlossenheit der Räume fehlt, ist auch eine Abgeschlossenheitsbescheinigung, die fehlerhaft erteilt oder durch nachträgliche bauliche Veränderungen unrichtig geworden ist, von der Baubehörde zu berichtigen, sofern noch keine Eintragung in das Wohnungsgrundbuch erfolgt ist.

Entspricht die einer Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegende Bauzeichnung (Aufteilungsplan) wegen nachträglicher baulicher Veränderungen nicht mehr dem tatsächlichen Bauzustand, ist sie im Grundbuchantragsverfahren als Beweismittel nicht mehr geeignet. Mangels Übereinstimmung von Aufteilungsplan und Wirklichkeit fehlt dem Grundbuchamt vielmehr eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage. Das Grundbuchamt ist auch nicht in der Lage, Unterschiede zwischen Plan und tatsächlichem Bauzustand selbst festzustellen. Dem steht schon das Gebot urkundlicher Nachweise im Grundbuchantragsverfahren entgegen (vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 1356 [= MittBayNot 1990, 304]; 1994, 716 [= MittBayNot 1994, 224] m.w.N.). Nur die Vorlage einer aktuellen Bauzeichnung, die den derzeitigen Bauzustand zutreffend wiedergibt, und eine auf ihrer Grundlage erteilte neue Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde ermöglichen dem Grundbuchamt die ihm obliegende Feststellung, daß die Aufteilung des Grundstücks mit den Vorschriften des § 8 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 WEG in Einklang steht. Da die Baubehörde mit der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung für ein bestehendes Gebäude dem Grundbuchamt gegenüber die Verantwortung dafür übernommen hat, daß die von ihr geprüfte, der Bescheinigung zugrundeliegende Bauzeichnung (Aufteilungsplan) mit den tatsächlichen baulichen Verhältnissen übereinstimmt, ist sie nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, ihr bekanntgewordene wesentliche Veränderungen des bescheinigten Bauzustandes dem Grundbuchamt mitzuteilen. Ist die Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 WEG in der bescheinigten bauzeichnerisch ausgewiesenen Gestaltung durch nachträgliche bauliche Veränderungen so nicht mehr

gegeben, darf die Baubehörde die von ihr erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung auch für kraftlos erklären. Denn die Kraftloserklärung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung, deren Unrichtigkeit für das Grundbuchamt nicht erkennbar ist, durch die ausstellende Baubehörde stellt ein geeignetes Mittel dar, um eine Begründung von Wohnungseigentum unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG zu vermeiden. Sie trägt dem Zweck dieser Vorschrift Rechnung, durch eindeutige Abgrenzungen des Sondereigentums klare rechtliche Verhältnisse zu schaffen (vgl. GemS-OGB bei *Buchholz* 454.11 WEG Nr. 6 S. 7, 10 f.). Die Kraftloserklärung dient nicht nur dem sachenrechtlichen Bedarf an klarer Eigentumsabgrenzung. Die Berichtigung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung, mit der die ausstellende Baubehörde die Verantwortung dafür übernommen hat, daß ein dem gesetzlichen Abgeschlossenheitsgebot entsprechender baulicher Zustand gegeben ist, liegt vielmehr auch im öffentlichen Interesse, wenn und soweit sie fehlerhaft ist.

Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Senat mangels beachtlicher Verfahrensrügen binden (§ 137 Abs. 2 VwGO), waren die im Jahre 1967 erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigungen durch später vorgenommene bauliche Veränderungen der Wohngebäude unrichtig geworden und konnten wegen der Umgestaltung der tatsächlichen räumlichen Verhältnisse gegenüber den alten Aufteilungsplänen keine Grundlage für die Eintragung von Wohnungseigentum mehr sein. Zwar stellt nicht jede Unrichtigkeit der Wiedergabe des tatsächlichen Bauzustandes im Aufteilungsplan die Abgeschlossenheit in Frage (vgl. BayObLG WM 1993, 205 m.w.N.). Aus dem Aufteilungsplan muß jedoch die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile zu ersehen sein (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG). Die von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel oder Stempel zu versehen Bauzeichnung muß insbesondere ersichtlich machen, wie Gemeinschafts- und Sondereigentum zueinander liegen und voneinander abgegrenzt sind, um als Aufteilungsplan Grundlage der Abgeschlossenheitsbescheinigung sein zu können (vgl. BayObLG WM 1993, 205). Der Aufteilungsplan konkretisiert die Teilungserklärung und kann Angaben über die Zweckbestimmung und Nutzung einzelner Räume enthalten (vgl. BayObLG WM 1993, 205 m.w.N.). Die Teile des Plans (Grundrißzeichnungen und Schnittzeichnungen) müssen in sich und mit der Teilungserklärung widerspruchsfrei übereinstimmen. Andernfalls wird dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt und dadurch Grund zu späterem Streit gelegt (vgl. BayObLG WM 1993, 205 m.w.N.), den das Wohnungseigentumsgesetz gerade vermieden wissen will (vgl. GemS-OGB bei *Buchholz* 454.11 WEG Nr. 6 S. 7, 9 f.). Ist ein Aufteilungsplan (Bauzeichnung) in sich widersprüchlich oder unvollständig, so daß Umfang des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums und der zulässigen Nutzung nicht hinreichend bestimmbar sind, stellt eine Abgeschlossenheitsbescheinigung, die auf den derart mangelbehafteten Plan Bezug nimmt, keine geeignete Eintragungsgrundlage dar (vgl. BayObLG WM 1993, 205). So verhält es sich hier. Das Berufungsgericht hat bindend festgestellt, daß in den Dachgeschossen weitere in den alten Aufteilungsplänen nicht ausgewiesene Wohnungen eingebaut worden waren, für die Flächen in Anspruch genommen wurden, die nach den alten Aufteilungsplänen teils als Trockenspeicher im Gemeinschaftseigentum stehen sollten und teils als Speicherabteile im Sondereigentum zur

Nutzung für die Wohnungen in den unteren Geschossen vorgesehen waren. Diese baulichen Veränderungen herbeiführten die Kraftloserklärung der alten Abgeschlossenheitsbescheinigungen. Denn aus dem Aufteilungsplan (bei bestehenden Gebäuden der Baubestandszeichnung) müssen insbesondere die Wohnungen, auf die sich das Wohnungseigentum beziehen soll, zu ersehen sein, wobei die zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Räume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen sind (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG).

Zutreffend verneint das angefochtene Urteil auch einen Rechtsanspruch der Klägerin auf Erteilung der mit ihren Anträgen vom 3.3., 6.9., 10.10. und 20.10.1988 begehrten neuen Abgeschlossenheitsbescheinigungen. Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung bezieht sich – wie bereits dargelegt – auf den Aufteilungsplan, der bei bestehenden Gebäuden eine Baubestandszeichnung sein muß, die den tatsächlichen baulichen Zustand ausweist. Die von der Klägerin mit ihren vorbezeichneten Anträgen der Baubehörde der Beklagten vorgelegten neuen Aufteilungspläne erfüllten diese Anforderung nicht. Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, an die der Senat gebunden ist (§ 137 Abs. 2 VwGO), stellten sämtliche von der Klägerin eingereichten Aufteilungspläne die Spitzböden nicht dar, die sich in der zweiten Dachebene befinden, jeweils durch Luken vom Dachgeschoß aus begehbar sind und zumindest als Abstellräume genutzt werden können. Die vorgelegten Aufteilungspläne für die Häuserzeilen an der St.-Straße waren überdies auch insoweit unvollständig, als ihre Erdgeschoßgrundrisse den jeweiligen Hauseingang nicht enthielten.

24. ErbbauVO §§ 5, 6, 7 Abs. 3; BayGO Art. 37, 38 (*Erforderliche Zustimmung des Gemeinderats zur Veräußerung eines Erbbaurechts*)

In einer bayerischen Gemeinde mit bis zu ca. 15 000 Einwohnern, die als Grundstückseigentümerin ein Erbbaurecht im Wert von ca. 13 000 000 DM bestellt hat, ist die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts vom Gemeinderat zu erteilen. Die Zustimmung des 1. Bürgermeisters, der kein entsprechender Gemeinderatsbeschluß zugrunde liegt, ist unwirksam.

BayObLG, Beschluß vom 15.1.1997 – 3Z BR 153/96 = BayObLGZ 1997 Nr. 3 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Gemeinde bestellte durch notariellen Vertrag vom 24.9.1964 als Grundstückseigentümerin der Firma A Bauunternehmung OHG an mehreren Grundstücken Erbbaurechte. Die Erbbauberechtigte war danach u. a. berechtigt, aber auch verpflichtet, auf den Grundstücken unverzüglich auf eigene Kosten Wohngebäude im öffentlich geförderten Wohnungsbau mit Nebenanlagen zu errichten. Bereits mit Vertrag vom 10.8.1964, der die Erstellung von öffentlich geförderten Sozialwohnungen beinhaltet, hatte sich die Gemeinde verpflichtet, Grundstücke im Erbbaurecht der Bauunternehmung A zur Verfügung zu stellen. Dieser zwischen den Vertragspartnern des notariellen Erbbaurechtsbestellungsvertrages geschlossene Vertrag enthält u. a. folgende Vereinbarungen:

6. Das Vergaberecht für sämtliche Sozialwohnungen überträgt der Bauträger auf die Dauer von 60 Jahren an die Gemeinde. Die Gemeinde kann jederzeit auf das Vergaberecht verzichten.
7. Der Bauträger unterwirft sich hinsichtlich der Miethöhe den von der Regierung von Oberbayern jeweils gebilligten Höchstmieten. Diese betragen derzeit 2,30 DM + 0,40 DM Aufwendungszuschuß.
10. Die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag sind auch für evtl. Rechtsnachfolger verbindlich.

a) Nach Umwandlung der OHG in eine KG veräußerte die Firma A Bauunternehmung KG mit notariellem Grundstückseinbringungsvertrag vom 23.12.1970 und Nachtrag vom 9.12.1971 ihre Erbbaurechte an die Firma A GmbH Grundbesitz KG. Laut Eintragung in den jeweiligen Erbbaugrundbüchern bedarf die Erbbauberechtigte zur Veräußerung der Erbbaurechte der schriftlichen Zustimmung der Grundstückseigentümerin. Nachdem der beurkundende Notar eine von ihm entworfene und vom 1. Bürgermeister der Gemeinde unterschriebene „Zustimmungserklärung“ vorgelegt hatte, wurde die Firma A GmbH Grundbesitz KG als Erbbauberechtigte in den jeweiligen Grundbüchern eingetragen. Ein der Veräußerung zustimmender Gemeinderatsbeschuß oder eine sonstige Ermächtigung des 1. Bürgermeisters durch den Gemeinderat zur Abgabe der Zustimmungserklärung lag nicht vor. Nach Ausscheiden der Komplementär-GmbH und Eintritt eines neuen Komplementärs im Jahre 1978 firmiert die eingetragene Erbbauberechtigte als „A Grundbesitz KG“.

b) Mit notariellem Vertrag vom 2.11.1993 veräußerte die Firma A Grundbesitz KG die Erbbaurechte zusammen mit weiterem Grundbesitz an die Firma B Bauträger GmbH und Co. zu einem Kaufpreis von 17 Mio. DM. Mit Schreiben vom 22.12.1993 teilte die Gemeinde mit, daß der Veräußerung nicht zugestimmt werde, weil zu befürchten sei, daß die Gemeinde ihre schuldrechtlichen Ansprüche aus dem Erbbaurechtsvertrag verliere.

2. Die Firma A Grundbesitz KG hat daraufhin beim Amtsgericht beantragt, gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauVO die Zustimmung der Grundstückseigentümerin zu ersetzen. Mit Beschluß vom 21.11.1995 hat das Amtsgericht dem Antrag entsprochen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Gemeinde mit Beschluß vom 22.5.1996 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Gemeinde mit der sofortigen weiteren Beschwerde und bringt vor, die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, weil sie mangels Zustimmung der Gemeinde zur Veräußerung im Jahre 1971 nicht Erbbauberechtigte geworden sei; die nur von dem damaligen 1. Bürgermeister abgegebene Zustimmungserklärung sei unwirksam.

Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

a) Als Inhalt des Erbbaurechts kann vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf (§ 5 Abs. 1 ErbbauVO). Wird die Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert, kann sie auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht ersetzt werden (§ 7 Abs. 3 Satz 1 ErbbauVO). Das Antragsrecht steht somit, von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, nur dem Erbbauberechtigten zu. Die Antragstellerin ist aber mangels Zustimmung der Gemeinde zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht Erbbauberechtigte. Die Vermutung des § 891 BGB ist damit widerlegt.

(1) Veräußerung im Sinne von § 5 Abs. 1 ErbbauVO bedeutet jede rechtsgeschäftliche Übertragung des Erbbaurechts unter Lebenden. Der zwischen der Firma A Bauunternehmung KG und der Firma A GmbH Grundbesitz KG am 23.12.1970 geschlossene Grundstückseinbringungsvertrag beinhaltet eine Veräußerung des Erbbaurechts im Sinne von § 5 Abs. 1

ErbbauVO. Entscheidend bei dem Begriff Veräußerung ist allein der Wechsel des Rechtsinhabers. Entgegen der Auffassung des Landgerichts konnte der 1. Bürgermeister der Gemeinde dieser Veräußerung nicht wirksam zustimmen. Nach Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO darf der 1. Bürgermeister einer Gemeinde in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen, erledigen. Eine laufende Angelegenheit liegt nur vor, wenn sie zu den alltäglichen, mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrenden Verwaltungsgeschäften gehört. Im übrigen müssen die in Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen (vgl. *Hözl-Hien*, BayGO Art. 37 Anm. II, 1). Daran fehlt es hier. Die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts war keine laufende Angelegenheit. Sie wurde es entgegen der Meinung des Landgerichts auch nicht dadurch, daß das Motiv der Veräußerung eine neue Betriebsgliederung innerhalb der A-Gruppe war. Hinzu kommt, daß das Geschäft außerdem für die Gemeindegewirtschaft von erheblicher Bedeutung ist. Dabei geht es weniger um die Sicherstellung des zu zahlenden Erbbauzinses. Von großer wirtschaftlicher Bedeutung für die Gemeinde waren vielmehr die Vereinbarungen im Vertrag vom 10.8.1964 über das Vergaberecht und zur Mietzinshöhe. Ersichtlich verneint die Antragstellerin eine Bindung an diese Vereinbarung; denn sie hält sie für rechtlich bedeutungslos, da sich der Zweck der Erbbaurechtsbestellung ausschließlich aus diesem Vertrag selbst und den darin enthaltenen ergänzenden schuldrechtlichen Regelungen ergebe. Die Veräußerungsbeschränkung des § 5 Abs. 1 ErbbauVO trägt aber dem Gedanken Rechnung, daß der Grundstückseigentümer nicht verpflichtet sein kann, einer Veräußerung des Erbbaurechts zuzustimmen, wenn damit eine Verschlechterung seiner bisherigen Rechtsposition verbunden ist (vgl. *v. Oefele/Winkler* Erbbaurecht 2. Aufl. Rdnr. 4.197). Eine solche Verschlechterung könnte schon dann eintreten, wenn im Veräußerungsvertrag die Verpflichtungen des Erbbauberechtigten aus dem Vertrag vom 10.8.1964 vom Erwerber nicht übernommen worden sind, obwohl der Erbbauberechtigte verpflichtet war, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Rechtsnachfolger zu übertragen (*Ranft* „Die Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 125 f.). Bei der Übertragung des Erbbaurechts auf einen Rechtsnachfolger bedarf es zwar hinsichtlich der verdinglichten Vereinbarungen keiner schuldrechtlichen Übernahme, weil die für die gesamte Dauer des Erbbaurechts geltenden Rechte und Pflichten ohne weiteres auf den Rechtsnachfolger übergehen (vgl. *Ingenstau* Erbbaurecht 7. Aufl. § 2 Rdnr. 2). Dagegen müssen nur schuldrechtliche Vereinbarungen ausdrücklich übernommen werden, um auch gegen den Rechtsnachfolger wirken zu können. Solche Fragen bedürfen einer sorgfältigen Abwägung, ob die Gemeindeinteressen bei einer Zustimmungserteilung ausreichend gewahrt sind. Dieses Erfordernis hebt eine solche Entscheidung aus den Geschäften der laufenden Verwaltung heraus und zwingt zumindest bei, wie hier, kleineren Gemeinden (bis zu ca. 15 000 Einwohnern) in der Regel zu einer Beschlußfassung durch das unmittelbar willensbildende Organ der Gemeinde, den Gemeinderat (vgl. Art. 29 GO). Dementsprechend hat auch der Gemeinderat hier bei Belastungen des Erbbaurechts jeweils einen zustimmenden Beschluß gefaßt, bevor die Zustimmungserklärung gegenüber dem Erbbauberechtigten abgegeben worden ist. Der 1. Bürgermeister, dem, soweit ersichtlich, nicht einmal der notarielle Veräußerungsvertrag zur Prüfung vorgelegt worden ist, konnte demnach eine wirksame Zustimmungserklärung

nicht abgeben, weil dieses Geschäft nicht dem Regelungsbereich des Art. 37 Abs. 1 GO unterfällt.

(2) Der Auffassung, Art. 38 GO begründe eine uneingeschränkte Vertretungsmacht des 1. Bürgermeisters nach außen (so jetzt *Hölzl/Hien* Art. 38 Anm. 2a), kann nicht gefolgt werden. Gemäß Art. 29 GO kann der 1. Bürgermeister nur in den Fällen des Art. 37 GO selbständig entscheiden, also u. a. bei laufenden Angelegenheiten im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO. Im übrigen entscheidet als willensbildendes Organ allein der Gemeinderat über alle Angelegenheiten der Gemeinde (Art. 29, 30 Abs. 2 GO). Die dem 1. Bürgermeister nach Art. 38 Abs. 1 GO eingeräumte Vertretungsmacht ist demnach durch das Gesetz selbst wesentlich eingeschränkt. Sie ist, abgesehen von den in Art. 29 GO erwähnten Ausnahmefällen des Art. 37 GO, davon abhängig, daß ein entsprechender Gemeinderatsbeschluß vorliegt. Dies ist ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung in Bayern (BayVerfGH 25, 27/43; BayObLGZ 1952, 271/272 ff.; 1974, 81/84 und 374/376; 1986, 112/114 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Vertretungsmacht des 1. Bürgermeisters in Bayern ausdrücklich offengelassen (BGH NJW 1980, 115). Soweit er für die Rechtslage in Rheinland-Pfalz (BGH NJW 1980, 117) und in Baden-Württemberg (BGH MDR 1966, 669) die Ansicht vertreten hat, die Vertretungsmacht des 1. Bürgermeisters sei dort nicht von dem Vorliegen eines im Innenverhältnis notwendigen Gemeinderatsbeschlusses abhängig, kann dies wegen der Eigenständigkeit des jeweiligen Gemeinderats in den Ländern nicht auf Bayern übertragen werden. Zudem wird die Auffassung, daß die Vertretungsmacht des 1. Bürgermeisters in Bayern, von den Ausnahmefällen des Art. 37 GO abgesehen, erst durch einen entsprechenden Gemeinderatsbeschluß begründet werde, nicht nur auf das Gesetz selbst gestützt (Art. 29, 30 Abs. 2 GO), sondern auch auf die Gesetzesmaterialien und das Herkommen. Der erkennende Senat hält an dieser vom 1. und 2. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts in ständiger Rechtsprechung vertretenen Ansicht fest. Sie steht im Einklang mit einer jahrzehntelang dauernden tatsächlichen Übung und der in Bayern herrschenden Meinung (vgl. BayObLGZ 1986, 112/114 f.).

(3) Überschreitet der 1. Bürgermeister die nach Art. 37 GO gezogene Grenze seiner Zuständigkeit, so finden für zivilrechtliche Geschäfte die Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB) Anwendung (BGHZ 37, 375/381; vgl. *Masson/Samper* Bayer. Kommunalgesetze § 37 GO Rdnr. 1). Demnach sind Verträge schwebend unwirksam, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen nach § 180 Satz 1 BGB grundsätzlich nichtig, es sei denn, die Regelung des § 180 Satz 2 BGB ist einschlägig. Dies könnte hier zweifelhaft sein (vgl. BGH a.a.O. S. 382), kann aber offenbleiben, da eine Genehmigung des Gemeinderats durch schlüssiges Handeln nicht vorliegt. Eine Zustimmung durch schlüssiges Handeln setzt in der Regel voraus, daß der Zustimmungsberechtigte die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts kennt (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 56. Aufl. § 182 Rdnr. 3). Allerdings ist anerkannt, daß trotz fehlenden Erklärungsbeußtseins eine Willenserklärung vorliegt, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Diese Grundsätze gelten auch für schlüssiges Verhalten ohne Erklärungsbeußtsein. Es wird als Willenserklärung wirksam, wenn der sich Äußernde fahrlässig nicht erkannt hat, daß sein Verhalten als

Willenserklärung aufgefaßt werden konnte und wenn der Empfänger es tatsächlich auch so verstanden hat (vgl. BGHZ 109, 170/177). Daran fehlt es hier. Soweit überhaupt von Erklärungen des Gemeinderats zum Erbbaurecht gesprochen werden kann, mußte der Gemeinderat nicht annehmen, daß er damit die unwirksame Zustimmung des 1. Bürgermeisters zur Veräußerung des Erbbaurechts an die Firma A Grundbesitz KG genehmige. Dies kann auch nicht aus dem vom Landgericht herangezogenen Schreiben der Gemeinde vom 22.12.1993 hergeleitet werden. In diesem von der 1. Bürgermeisterin unterzeichneten Schreiben der Gemeinde, das an das Notariat ging, wurde ersichtlich im Betreff nur die vom Notar verwendete Bezeichnung „Erbbaurechte auf den Grundstücken ... der Firma A Grundbesitz KG“ übernommen. Das zeigt nicht zuletzt auch ein weiteres Schreiben der Gemeinde vom 3.11.1993, das in Sachen Erbbaurecht gerichtet war an „Firma A Bauunternehmung GmbH und Co. KG“. Im übrigen hat die A-Gruppe in Schreiben, die hinsichtlich des Erbbaurechts an die Gemeinde gerichtet waren, unter den verschiedensten Firmen und nicht nur unter der Firma A Grundbesitz KG geschrieben. Noch im Jahre 1979 bezeichnen selbst Notare die Erbbauberechtigte als „A GmbH Grundbesitz KG“. Ein Schreiben an die Gemeinde vom 12.4.1993 firmiert mit „Grundstücksgesellschaft Dipl.-Ing. A KG München“; ein weiteres Schreiben vom 2.11.1993 an die Gemeinde trägt den Briefkopf „Dipl. Ing. A“. Für eine stillschweigende Zustimmung des Gemeinderats zur Veräußerung des Erbbaurechts gibt es damit keine Anhaltspunkte.

(4) Die Gemeinde hat ihr Recht, sich auf die fehlende Zustimmung des Gemeinderates zu berufen, weder verwirkt, noch steht der Rechtsausübung der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegen. Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Sie setzt voraus, daß es der Berechtigte längere Zeit hindurch unterlassen hat, sein Recht geltend zu machen, und der Erklärungsempfänger sich nach dem ganzen Verhalten des Zustimmungsberechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, daß dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde (vgl. BGHZ 105, 290/298; 122, 308/315). Danach sind die Voraussetzungen für eine Verwirkung nicht gegeben. Trotz Bejahung des Zeitmomentes fehlt es hier an Umständen, die das Vertrauen der als Erbbauberechtigte eingetragenen KG hätte rechtfertigen können, daß die Gemeinde ihr Recht nicht mehr geltend machen werde. Der Gemeinderat war mit der Sache nicht befaßt. Die Entgegennahme der Erbbauzinszahlungen durch die Gemeinde gibt für das Entstehen eines Vertrauenstatbestandes nichts her, weil der Gemeinderat weder den Zahlungseingang überwacht, noch überprüft, wer Einzahler ist.

(5) Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Berufung der Gemeinde auf die fehlende Zustimmung deshalb rechtsmißbräuchlich wäre, weil diese auch heute noch aufgrund der bei der damaligen Veräußerung gegebenen Umstände erteilt werden müßte. Für die Gemeinde war bei der Bestellung des Erbbaurechts die schuldrechtliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Belegungs- und Mietpreisbindung ein maßgeblicher wirtschaftlicher Faktor. Die Belegungsbindung hat den Zweck, wirtschaftlich weniger leistungsfähige Wohnungssuchende mit Wohnraum zu versorgen; die Preisbindung an die Kostenmiete soll gewährleisten, daß die Wohnungsberechtigten die öffentlich geförderten Wohnungen zu erschwinglichen Preisen mieten können. Nur wenn eine Erwerberin des Erbbaurechts voll in diese schuldrechtlichen Bindungen eintritt, kann die Gemeinde zur

Zustimmung verpflichtet sein. Die Antragstellerin bestreitet aber gerade eine aufgrund des früheren schuldrechtlichen Vertrages bestehende Belegungs- und Mietpreisbindung.

b) Fehlt, wie hier, die erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers und ist das nach § 5 ErbbauVO vereinbarte Zustimmungserfordernis zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht, ist die Veräußerung unwirksam. Es handelt sich um eine Rechtsfolge mit absoluter Wirkung; sie gilt also gegenüber jedermann (vgl. BGHZ 33, 76/85). Nach § 6 Abs. 1 ErbbauVO ist nicht nur die Verfügung als solche, sondern auch der schuldrechtliche Vertrag, durch den sich der Erbbauberechtigte zu dieser Verfügung verpflichtet, schwebend unwirksam (vgl. BGH a.a.O.; ZIP 1986, 36 ff.). Die Antragstellerin ist somit bisher nicht Erbbauberechtigte und daher zur Antragstellung nach Abs. 3 ErbbauVO nicht befugt. Aus der Tatsache, daß sie im Erbbaugrundbuch als Erbbauberechtigte eingetragen ist, folgt keine Antragsberechtigung, da das Grundbuch unrichtig ist. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) kann sich die Antragstellerin, die trotz fehlender Zustimmung als Erbbauberechtigte eingetragen worden ist, nicht berufen, da die Verfügungsbeschränkung Inhalt des Erbbaurechts war (vgl. RGRK-BGB/Räffle 12. Aufl. § 6 ErbbauVO Rdnr. 2). Ein Sonderfall, in dem unter bestimmten Voraussetzungen anstelle des Erbbauberechtigten ausnahmsweise ein Dritter zur Antragstellung befugt ist (vgl. dazu BayObLGZ 1996 Nr. 64), ist hier nicht gegeben.

Somit sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben, der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung ist zurückzuweisen.

Anmerkung:

1. Gemeinden besitzen bereits aufgrund des Umstandes ihrer Errichtung als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, ohne daß es dafür noch eines besonderen, die private Rechtsfähigkeit verleihenden Staatsaktes bedürfte¹. Die Gemeinde als Zuordnungsobjekt privatrechtlicher Rechtsnormen ist durch ihre Organe voll handlungsfähig. Das Handeln ihrer Organe gilt als das Handeln der Gemeinde als juristischer Person selbst². Die Frage der Außenvertretung der Gemeinde betrifft ihre rechtsgeschäftliche Vertretung, nicht die politische Repräsentation, die dem Gemeinderat obliegt. Rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis bedeutet somit die Wahrnehmung der externen konkreten privat- und verwaltungsrechtlichen Zuständigkeiten gegenüber Dritten, d.h. die Abgabe für die Gemeinde verbindlicher Erklärungen im privat- und im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr³.

Im kommunalen Recht muß somit streng zwischen der internen Willensbildungsbefugnis und der externen Vertretungsbefugnis, die zur Umsetzung der Willensentscheidung in außenwirksame Handlungen, wie z.B. Verwaltungsakte und privatrechtliche Willenserklärungen, notwendig ist, unterschieden werden⁴. Dementsprechend wird auch für die Frage der Zuordnung und des Ausmaßes einer Handlungsbefugnis

gegenüber Dritten nicht auf die innergemeindliche Willensbildung, sondern die meist schematisierte und oft weitergehende objektiv-rechtliche Vertretungsmacht abgestellt⁵. Werden im Rahmen der Vertretungsbefugnis Erklärungen abgegeben, die nicht der innergemeindlichen Willensbildung entsprechen, sollen sie für die Gemeinde regelmäßig gleichwohl verbindlich sein⁶. Dem ist die Rechtsprechung⁷ weitgehend gefolgt. Demgegenüber hat das BayObLG der entsprechenden Bestimmung des Art. 38 Abs. 1 GO nur ein Recht zur Vertretung, nicht aber eine Vertretungsmacht, d.h. die materielle Befugnis zur Betätigung des betreffenden Geschäfts, entnommen⁸. Da diese Auslegung aufgrund nicht revidiblen Landesrechtes beruht, kann auch der BGH diese Ansicht nicht korrigieren⁹.

2. Die Vertretungsbefugnis des ersten Bürgermeisters in Bayern ist somit durch das Vorliegen entsprechender Gemeinderats- oder Ausschlußbeschlüsse bedingt, soweit er nicht nach Art. 37 GO oder aufgrund gesetzlicher Sondervorschriften zum selbständigen Handeln für die Gemeinde befugt ist. Da die Einschränkung der Vertretungsmacht auch gegenüber allen mit der Gemeinde im Rechtsverkehr stehenden Dritten Geltung hat und diese Personen auch dann, wenn sie irrtümlich auf die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters vertrauen, keinen Schutz ihres guten Glaubens genießen¹⁰, sind privatrechtliche Erklärungen des ersten Bürgermeisters ohne Vertretungsmacht schwebend unwirksam.

Auch in den neuen Bundesländern haben nunmehr mehrere Oberlandesgerichte zur Frage der Außenvertretungsmacht des Bürgermeisters aufgrund der DDR-Kommunalverfassung Stellung genommen. Diese sah in § 27 Abs. 1 S. 2 vor, daß der Bürgermeister die Gemeinde vertritt¹¹. Die Oberlandesgerichte Jena und Naumburg sind bei der Auslegung dieser Vorschrift der Argumentation des BayObLG gefolgt¹².

⁵ Allg. Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 10. Aufl. 1994, § 35 Rdnr. 2.

⁶ Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 4), Rdnr. 78.

⁷ RGZ 139, 58/62; BGH, MDR 1960, 669 = VBIBW 1966, 95; BGH, DVBl. 1979, 514/515 = NJW 1980, 117/118; VGH Mannheim, VBIBW 1983, 210 und NVwZ 1990, 892, wonach die Gemeinde allenfalls dann nach Treu und Glauben nicht an die Erklärung gebunden ist, wenn der Erklärungsempfänger bei gehöriger Sorgfalt die Überschreitung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters hätte erkennen können.

⁸ BayObLGZ 1952, 271/273; 1962, 247/253 = BayVBl. 1963, 58/59; 1971, 299/302 = BayVBl. 1972, 24/25; 1972, 344/345 = BayVBl. 1973, 131; 1974, 81/84 = BayVBl. 1974, 314; 1974, 374/376 = BayVBl. 1974, 706; BayVBl. 1986, 155; BayObLGZ 1986, 112 = BayVBl. 1986, 476 = NJW-RR 1986, 1080 = DÖV 1986, 931 sowie BayVerfGH, VerfGH 25 27/43 = BayVBl. 1972, 237/240; dem folgen Masson/Samper, Art. 38 GO Rdnr. 1.

⁹ Dies verkennen Hirte/Hasselbach, DB 1996, 1611; vgl. BGH, NJW 1980, 115 = BayVBl. 1979, 474.

¹⁰ S. nur Masson/Samper, Art. 38 GO Rdnr. 1.

¹¹ Dazu kurz Reiners, Kommunalverfassungsrecht in den neuen Bundesländern, 1991, Rdnr. 173.

¹² OLG Jena, DtZ 1996, 318 = OLG-NL 1995, 241 und DtZ 1997, 130; OLG Naumburg, OLG-NL 1994, 154; DtZ 1996, 320 und DtZ 1997, 34; a.A. OLG Rostock, NJW-RR 1994, 661/662 und OLG-NL 1995, 145 = DtZ 1996, 323 (LS) sowie für die Vertretungsmacht des Landrats OLG Brandenburg, DtZ 1996, 323. Vgl. auch OLG Naumburg, DtZ 1997, 36, wonach in der haushaltsrechtlichen Behandlung (Nachtragshaushalt, ordentlicher Haushalt) eine Genehmigung durch den Rat gesehen werden kann. S. zum Ganzen Reuter, DtZ 1997, 15, Kreisch, DtZ 1997, 120 und kurz Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl. 1997, vor § 164 Rdnr. 4.

¹ S. nur v. Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rdnr. 86.

² Vgl. nur Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., § 26 Rdnr. 3 u. MünchKommReuter, BGB, 3. Aufl., § 26 Rdnr. 11.

³ S. nur Wolff/Bachof/Stober, VerwR II, 5. Aufl. 1987, § 87 Rdnr. 56.

⁴ Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 10. Aufl. 1995, Rdnr. 78 und Wolff/Bachof/Stober, ebenda (Anm. 3).

3. Die Rechtsprechung des BayObLG, des OLG Jena und des OLG Naumburg zur Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters schützt die Gemeindeverwaltungen¹³, ist aber für den Rechtsverkehr mit Problemen verbunden¹⁴. Insbesondere verweisen Gemeinden in den neuen Bundesländern weiterhin auf die umfassende Vertretungsmacht ihres Bürgermeisters und weigern sich, entsprechende Gemeinderatsbeschlüsse zu notariellen Urkunden vorzulegen. Vielfach handeln auch Gemeindebedienstete aufgrund Vollmacht, die lediglich vom Bürgermeister unterzeichnet wurde, ohne daß ein diesbezüglicher Gemeinderatsbeschluß vorgelegt wird. In diesen Fällen hat jedoch der Bürger, der mit der Gemeinde ein Rechtsgeschäft abschließt, einen Anspruch darauf, daß ihm der Bürgermeister seine Befugnis zur Vornahme des betreffenden Geschäftes in Form einer Ausfertigung des Gemeinderatsbeschlusses nachweist¹⁵. Weigert sich der Bürgermeister, entsprechende Nachweise vorzulegen, so sollte der Notar dies den Beteiligten mitteilen. In diesem Fall kommt eine Amtshaftung des betreffenden Bürgermeisters in Betracht (§ 839 BGB, Art. 34 GG)¹⁶.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

¹³ Vgl. insbes. die Argumentation von OLG Naumburg, OLG-NL 1994, 154.

¹⁴ Krit. deshalb Reuter, DfZ 1997, 15/16 f.

¹⁵ BayObLG, BayVBl. 1996, 476 (weitere Nachw. Anm. 8).

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 1980, 115 = BayVBl. 1979, 474.

Steuerrecht

25. GrESt § 1 Abs. 1, §§ 5-7; UmwG § 1 Abs. 1 Nr. 4, §§ 190 ff. (*Keine Grunderwerbsteuerpflicht bei formwechselnder Umwandlung einer Kapital- in eine Personengesellschaft*)

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt.

BFH, Beschluß vom 4.12.1996 – II B 116/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin, eine GmbH & Co. KG, ist durch formwechselnde Umwandlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 4, §§ 190 ff. UmwG aus einer GmbH hervorgegangen. Die Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 3.4.1995. Zum Gesellschaftsvermögen gehörte in diesem Zeitpunkt Grundbesitz.

Das FA betrachtete den Formwechsel als nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Übergang des Eigentums am Grundbesitz von der GmbH auf die Antragstellerin und setzte gegen letztere aus einer Bemessungsgrundlage von 350 v.H. der Einheitswerte Grunderwerbsteuer fest. Über den gegen diesen Bescheid eingelegten Einspruch ist noch nicht entschieden.

Nach erfolglosem Antrag auf Vollziehungsaussetzung beim FA beantragte die Antragstellerin beim FG Münster, die Vollziehung des Grunderwerbsteuerbescheids auszusetzen, weil die formwechselnde Umwandlung mangels Vermögensübertragung nicht der Grunderwerbsteuer unterliege.

Das FG hat den Antrag mit Beschluß vom 13.6.1996 zurückgewiesen. Es ist der Auffassung, die GmbH sei ihrer Rechtspersönlichkeit entkleidet worden und ihr Vermögen in Art einer klassischen Umwandlung in das Eigentum ihrer zur KG verbundenen Mitglieder übergegangen.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des FG bestehen an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheids ernstliche Zweifel, die nach § 69 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 FGO die Aussetzung der Vollziehung rechtfertigen.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer der Übergang des Eigentums an inländischen Grundstücken unter der Voraussetzung, daß weder ein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist noch es einer Auflassung bedarf. Erfasst wird dabei der Grundstückswechsel zwischen verschiedenen Rechtsträgern (BFH BStBl. II 1981, 488).

An der Erfüllung dieses Tatbestands bestehen ernstliche Zweifel, denn § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG beschreibt die Wirkung der Eintragung einer nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 190 Abs. 1, 191 UmwG zugelassenen formwechselnden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft (hier: einer GmbH in eine KG) in das Handelsregister folgendermaßen: „Der formwechselnde Rechtsträger besteht in der im Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter.“ Kennzeichnend für eine formwechselnde Umwandlung ist, daß an ihr nur *ein* Rechtsträger beteiligt ist, es weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge eines Rechtsträgers in das Vermögen eines anderen kommt noch es der Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände bedarf (vgl. Laumann in Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht 1996, Tz. 1 zu § 202 UmwG 1995; Decher in Lutter, Kommentar zum Umwandlungsgesetz 1996, Tz. 2 vor § 190). Die formwechselnde Umwandlung wird durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers, der Kontinuität seines Vermögens (wirtschaftliche Identität) und der Diskontinuität seiner Verfassung bestimmt (so treffend K. Schmidt/ZIP 1995, 1385, 1387). An dieser zivilrechtlichen Kontinuität des Rechtsträgers ändert sich auch nicht etwa dadurch etwas – wovon offenbar aber das FG ausgegangen ist –, daß der neue Rechtsträger, wie im Fall des Wechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft, nicht selbst Träger des Unternehmensvermögens ist, dieses vielmehr seinen Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht.

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß das Grunderwerbsteuerrecht den zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechts mangels ausdrücklich anderslautender Vorschriften folgen muß, also grunderwerbsteuerrechtlich bei einer formwechselnden Umwandlung der vorliegenden Art kein Rechtsträgerwechsel anzunehmen ist. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. u.a. Pahlke in Pahlke/Franz, Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz, Rdnr. 22 f. zu § 1; Söffing in Goutier/Knopf/Tulloch, a.a.O., Tz. 10 ff. zu § 14 UmwStG; Benkert in Haritz/Benkert, Kommentar zum Umwandlungssteuergesetz, Einf. Tz. 235; Hofmann, Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz, 6. Aufl., Rdnr. 10 zu § 1, jeweils mit weiteren Schrifttumsnachweisen).

Soweit dagegen von der Finanzverwaltung (vgl. Erlaß des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 12.12.1994, BB 1995, 82, und Erlaß des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 14.7.1995, DB 1995, 1685) ähnlich wie von Thiel (DB 1995, 1196) aus den Vorschriften der §§ 5 bis 7 GrEStG gefolgert wird, wegen der Veränderung der Eigentumsform (Alleineigentum der Kapitalgesellschaft, Gesamthandseigentum der Mitglieder einer Personenhandelsgesellschaft) unterliege eine formwechselnde Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft der

Grunderwerbsteuer, vermag der Senat diese Auffassung nicht zu teilen. Die Grunderwerbsteuerrechtliche eigenständige Rechtsträgerschaft der Personengesellschaften ist seit Jahren unbestritten anerkannt (aus der Rechtsprechung zur KG vgl. grundlegend BFH BStBl III 1957, 19). Die Vorschriften der §§ 5 und 6 sowie die des § 7 Abs. 2, 3 GrEStG setzen diese voraus und gewähren nur Vergünstigungen für Erwerbsvorgänge zwischen den Gesamthandsgemeinschaften und den an ihr Beteiligten bzw. zwischen Gesamthandsgemeinschaften untereinander, soweit an ihrem Vermögen dieselben Personen beteiligt sind, wobei dem Umstand der gesamthänderischen Mitberechtigung am Vermögen Rechnung getragen wird. Steuerbegründende Funktion kann diesen Vorschriften nicht zugemessen werden.

Hinweis der Schriftleitung:

Nach einem Nichtanwendungserlaß des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 23.1.1997 (Az. S 4520/2) sind formwechselnde Umwandlungen von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften und umgekehrt trotz des vorstehend abgedruckten BFH-Beschlusses Grunderwerbsteuerlich nach wie vor als steuerbare Rechtsträgerwechsel zu behandeln. In einem weiteren Erlaß vom 18.3.1997 (Az. S 4520/2) berichtet das Finanzministerium Baden-Württemberg, daß nach dem Ergebnis der Besprechung der für Verkehrssteuern zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder vom 3. bis 5.3.1997 dem BFH Gelegenheit gegeben werden soll, seine im Aussetzungsverfahren getroffene Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu überdenken.

26. KStG § 8 Abs. 3 Satz 2; BGB § 181; GmbHG § 35 Abs. 4 (Keine verdeckte Gewinnausschüttung bei nachträglicher Befreiung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH vom Verbot des Selbstkontrahierens)

Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist rechtswirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, wenn die Befreiung nach Abschluß von In-sich-Geschäften in der Satzung geregelt und im Handelsregister eingetragen wird. Die In-sich-Geschäfte sind dann als nachträglich genehmigt anzusehen. Das steuerrechtliche Rückwirkungsverbot steht dem nicht entgegen, vorausgesetzt, den In-sich-Geschäften liegen klare und von vornherein abgeschlossene Vereinbarungen zugrunde.

BFH, Urteil vom 23.10.1996 – I R 71/95 –

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH, wurde am 2.12.1985 gegründet. Alleiniger Gesellschafter war A als Treuhänder des Beigeladenen. A wurde zunächst auch zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Nach § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages war er – als solcher persönlich benannt – von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Am 8.1.1986 übernahm der Beigeladene die Gesellschaftsanteile an der Klägerin und beschloß, A von den Aufgaben des Geschäftsführers zu entbinden und sich selbst als solchen zu bestellen. Über diesen Beschluß wurde eine Niederschrift angefertigt. Zugleich schloß er mit der Klägerin einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag sowie zwei Zusatzvereinbarungen hierzu ab, die er sowohl für sich selbst als auch für die Klägerin unterzeichnete. Nach § 2 dieses Anstellungsvertrages war auch er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Eine Eintragung der Befreiung im Handelsregister erfolgte zunächst nicht. Durch notariell beurkundeten Gesellschafterbeschuß vom 15.8.1991 erhielt § 6

Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages der Klägerin folgende Fassung: „Der oder die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Diese Befreiung wurde am 6.9.1991 im Handelsregister eingetragen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –), dem die Beschlüsse und Verträge aus den Jahren 1985 und 1986 seit 1986 vorlagen, minderte den Gewinn der Klägerin zunächst um die von dieser aufgrund des Anstellungsvertrages und der beiden Zusatzvereinbarungen vom 8.1.1986 an den Beigeladenen zu leistenden Geschäftsführervergütungen (monatliches Festgehalt, Weihnachtsgeld, Tantieme, PKW-Nutzung, Sozialversicherungsbeiträge, Versorgungszusage). Nach Durchführung einer Betriebsprüfung behandelte das FA diese Vergütungen, soweit sie bis zu dem Gesellschafterbeschuß vom 15.8.1991 geleistet worden waren, jedoch als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA). Der Anstellungsvertrag, den die Klägerin mit dem Beigeladenen am 8.1.1986 geschlossen hatte, sei unwirksam gewesen, weil letzterer zu diesem Zeitpunkt nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden sei. Der Abschluß eines unwirksamen Anstellungsvertrages führe steuerlich zu vGA.

Einsprüche und Klage blieben ohne Erfolg.

Die Revision der Klägerin war zum überwiegenden Teil begründet.

Aus den Gründen:

FA und FG haben zu Unrecht in den an den Beigeladenen geleisteten Geschäftsführervergütungen und in den Zuführungen zu der Pensionsrückstellung vGA gesehen (1. bis 3.). Die Revision bleibt insoweit ohne Erfolg, als die Klägerin sich – im Hinblick auf das Streitjahr 1992 – gegen die Teilaufhebung der Rückstellung für die Kanalgebühren aus Grundwasserentnahmen wendet (4.).

1. Unter einer vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (BFHE 166, 545, BStBl II 1992, 434). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschaftler nicht gewährt hätte (BFHE 89, 208, BStBl III 1967, 626). Ist der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender Gesellschafter, so kann eine vGA auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an ihn erbringt, für die es an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehlt oder für die die entsprechende Vereinbarung entweder nicht durchgeführt ist oder zivilrechtlich unwirksam ist (vgl. BFHE 120, 200, BStBl II 1977, 15; BFHE 160, 459, BStBl II 1990, 795; BFHE 164, 255, BStBl II 1991, 597).

2. Gemäß § 35 Abs. 4 GmbHG ist auf In-sich-Geschäfte des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH seit dem 1.1.1981 § 181 BGB anzuwenden. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers als Organ der GmbH umfaßt somit bei Einmann-Gesellschaften derartige Geschäfte nur, wenn sie ihm „gestattet“ sind. Eine einem Alleingesellschafter nach dem 31.12.1980 erteilte allgemeine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot bedarf einer Regelung in der Satzung und der Eintragung im Handelsregister (BGHZ 33, 189; BGHZ 87, 59 = GmbHR 1983, 269; BGHZ 114, 167, GmbHR 1991, 261, 262; BFHE 164, 255, BStBl II 1991, 597; BFHE 178, 321, BStBl II 1996, 246; BFH/NV 1996, 363, jeweils m.w.N.).

Schließt ein Alleingesellschafter-Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft mit sich selbst Rechtsgeschäfte, ohne wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit zu sein, so handelt er insoweit ohne Vertretungsmacht. Die Rechtsgeschäfte sind zunächst schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB). Die im Rahmen eines solchen Vertrages an den alleinigen oder beherrschenden Gesellschafter geleisteten Zahlungen werden daher nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich als (verdeckte und andere) Gewinnausschüttungen i. S. der §§ 8 Abs. 3 Satz 2, 27 KStG beurteilt (vgl. z. B. BFHE 120, 200, BStBl II 1977, 15; BFHE 164, 255, BStBl II 1991, 597).

Daran hält der Senat fest. Die Forderung nach rechtswirksamen Verträgen zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem beherrschenden Gesellschafter dient dazu, Gewinnausschüttungen und Leistungen aufgrund schuldrechtlicher Verpflichtungen klar voneinander unterscheiden zu können, um auf diese Weise steuerliche Manipulationen des beherrschenden Gesellschafters zu vermeiden. Rechtsgeschäfte, die den an sie gestellten zivilrechtlichen Anforderungen entsprechen, verdeutlichen, daß den Leistungen der Kapitalgesellschaft ein schuldrechtlicher und nicht ein verdeckter gesellschaftsrechtlicher Anlaß zugrunde liegt. Zwar ist für die Beurteilung der schuldrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Veranlassung die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten maßgebend; einzelnen dieser Gegebenheiten kann als Beweisanzeichen eine unterschiedliche Bedeutung zukommen (vgl. auch BVerfG BStBl II 1996, 34, und im Anschluß daran BFH DStR 1996, 1359). Dies gilt im Grundsatz auch für die formalen Anforderungen, die an Abmachungen zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern zu stellen sind. Die zivilrechtliche Unwirksamkeit eines Vertrages, insbesondere zwischen Nahestehenden (Eheleuten, Angehörigen, beherrschenden Gesellschaftern und Kapitalgesellschaften) indiziert jedoch im allgemeinen eine mangelnde Ernsthaftigkeit schuldrechtlicher Leistungsverpflichtungen. Von diesen Grundsätzen kann nur ausnahmsweise in Einzelfällen abgewichen werden, in denen an der Ernsthaftigkeit der Verpflichtungen trotz fehlender oder fehlerhafter Befreiung vom Verbot des In-sich-Geschäfts keine Zweifel bestehen können. Der Senat hat dies vor allem dann angenommen, wenn die für die Befreiung maßgebliche Zivilrechtslage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ungeklärt gewesen ist oder sich erst nach diesem Zeitpunkt die Auslegung der einschlägigen bürgerlich-rechtlichen Rechtsnormen geändert hat (vgl. BFHE 169, 171, BStBl II 1993, 141; BFHE 178, 321, BStBl II 1996, 246; BFH/NV 1996, 363).

3. Die Klägerin macht geltend, vergleichbare zivilrechtliche Unklarheiten bestünden im Hinblick auf die Rechtsfrage, ob sich das Erfordernis der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens auch auf den Anstellungsvertrag erstreckt, den die GmbH mit ihrem Alleingesellschafter-Geschäftsführer schließt (vgl. zu dieser Frage einerseits z. B. *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., § 35 Rdnr. 95; *Hüffer in Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., § 47 Rdnr. 118; *Böth/Harle*, StBp 1993, 199; siehe auch BGH NJW 1995, 1158 zum sog. faktischen Geschäftsführer; andererseits z. B. *Schneider* in

Scholz, GmbHG, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 121; *Mertens in Hachenburg*, a.a.O., § 35 Rdnr. 227 f.). Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob dem beizupflichten ist. Denn der Beigeladene war in den Streitjahren wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Vereinbarungen der Geschäftsführervergütungen und der Pensionszusage waren deshalb steuerrechtlich anzuerkennen; vGA liegen nicht vor.

Zwar waren die Voraussetzungen für die Befreiung nach § 181 BGB nach den Feststellungen des FG zunächst nicht erfüllt, insbesondere fehlte eine entsprechende Satzungsregelung. Dem Beigeladenen wurden In-sich-Geschäfte vielmehr nur durch einen in § 2 des Anstellungsvertrages aufgenommenen entsprechenden Passus gestattet. Der Abschluß dieses Vertrages (und der anschließenden Zusatzvereinbarungen) ist indes später genehmigt worden (§ 184 BGB). Eine solche Genehmigung wird immer dann anzunehmen sein, wenn der alleinige oder beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer nach Abschluß des Vertrages in rechtswirksamer Weise von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wird. Dies ist im Streitfall durch die Änderung des Gesellschaftsvertrages der Klägerin aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 15.8.1991 geschehen. Das steuerliche Rückwirkungsverbot, dem der alleinige oder beherrschende Gesellschafter einer GmbH unterfällt, steht dem nicht entgegen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die eigentliche vertragliche Vereinbarung im Zuwendungszeitpunkt gefehlt hat und erst zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt wird. Darum handelt es sich jedoch nicht, wenn – wie im Streitfall in Gestalt des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages vom 8.1.1986 – im Zuwendungszeitpunkt eine klare und eindeutige vertragliche Abrede zwischen der Kapitalgesellschaft und dem alleinigen (oder ebenso dem beherrschenden) Gesellschafter-Geschäftsführer getroffen wurde und diese lediglich infolge der zunächst ausstehenden Befreiung vom Verbot des In-sich-Geschäfts noch schwebend unwirksam ist. Es ist auch steuerlich anzuerkennen, wenn der Schwebezustand im Einklang mit den zivilrechtlichen Vorgaben rückwirkend beendet wird und das Geschäft dadurch Wirksamkeit erlangt. – Soweit der Senat über den hier zu beurteilenden Sachverhalt in der Vergangenheit vielfach in abweichender Weise entschieden hat, hält er daran nicht länger fest.

4. ...

5. Die Vorinstanz hat ihrer Entscheidung im Hinblick auf die Frage nach den Voraussetzungen für das Vorliegen von vGA eine abweichende Rechtsauffassung zugrunde gelegt. Ihr Urteil war deshalb aufzuheben. Der Senat kann durcherkennen. Die angefochtenen Bescheide sind dahin zu ändern, daß die in Rede stehenden Geschäftsführervergütungen als Betriebsausgaben anzusehen sind (§ 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 4 Abs. 4 EStG; § 7 Abs. 1 GewStG). Ebenso ist die für die dem Beigeladenen erteilte Pensionszusage gebildete Rückstellung als solche anzuerkennen (§ 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 6 a EStG; § 95 Abs. 1 i.V.m. § 104 BewG). Dem FA wird aufgegeben, die hiernach festzusetzenden und festzustellenden Beträge zu ermitteln (§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO).

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a.D. Wilhelm Kamlah, Ansbach, gest. 7.3.1997

Notar a.D. Walter Kausen, Höchstätt/Donau, gest. 8.3.1997

Amtsrat i.N. Herbert Kaiser, Erding (Notarstelle Böck/Koch), gest. am 27.1.1997

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.5.1997:

Notar Rudolf Hörndler, Neumarkt/Opf.

Notar Dr. Alois Rettenbeck, Höchstädt/Aisch

Notar Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

Mit Wirkung vom 1.6.1997:

Notar Dr. Dietrich Reuter, Bad Tölz

Mit Wirkung vom 1.7.1997:

Notar Dr. Jörg Hahn, Fürstenfeldbruck

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.1997:

Nürnberg dem Notar
(neuerrichtete Hans-Hermann Weser
Notarstelle (bisher in Altdorf)
in Sozietät mit
Notar Kühnlein)

Nürnberg dem Notarassessor
(neuerrichtete Markus Kühnlein
Notarstelle (bisher in Erlangen
in Sozietät mit Notarstelle Dr. Safferling)
Notar Weser)

Mit Wirkung vom 1.4.1997:

Traunstein dem Notar
(neuerrichtete Wolfgang Zahnbrecher
Notarstelle) (bisher in Ebern)

4. Neuernannte Assessoren/innen:

Mit Wirkung vom 1.3.1997:

Monika Triller, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)

Michael Reindl, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)

Michael Trautner, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Markus Alltadt, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Bölsche/Klotz) Notarstelle Dr. Safferling)

Dr. Bernd Weiß, Schweinfurt (Notarstellen Schineis/Dr. Schmidt)

Martin Herrmann, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Schmidl)

Alexander Benesch, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Sebastian Bleifuß, Traunstein (Notarstelle Dr. Ullrich)

Michael Volmer, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Timm Jenewein, Traunstein (Notarstelle Dr. Ullrich) ab 1.1.1997 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Notarassessor Göran Kleine, Lauf a.d. Pegnitz (Notarstellen Scheckenhofer/Dr. Brückner), ab 1.3.1997 in München (Notarstellen Graf zu Castell/Singer)

Notarassessor Jürgen Schmeißer, Nürnberg (Notarstelle Kleider), ab 1.3.1997 in Erlangen (Notarstellen Dr. Safferling/Dr. Rieder)

Notarassessor Dr. Martin Dörnhöfer, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Bölsche/Klotz), ab 1.3.1997 in Werneck (Notarstelle Dr. Basty)

Notarassessor Markus Eberl, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer), ab 1.3.1997 in München (Notarstellen Mittenzwei/Dr. Steinbauer)

Notarassessor Gerd Holland, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.3.1997 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Notarassessor Thomas Engel, Lindau (Notarstelle Kluy), ab 15.3.1997 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Amtmann i.N. Dieter Eschenauer, Altdorf (letzter Inhaber Notar Weser), ab 14.4.1997 in Miesbach (Notarstellen Dr. Fischer/Ulsenheimer)

6. Neueinstellungen von Inspektoren:

Inspektorin Sabine Adam, Regen (Notarstelle Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz)

Inspektorin Andrea Artner, Ingolstadt (Notarstellen v. Großmann/Kopp)

Inspektorin Sandra Dünzl, München (Notarstellen Dietrich/Barth)

Inspektorin Carola Feldmeier, Bogen (Notarstelle Amberger)

Inspektor Norbert Feneis, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann)

Inspektorin Sigrid Fischer, München (Notarstellen Dr. Schöner/v. Grafenstein)

Inspektor Michael Gramm, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wischermann)

Inspektor Michael Hamburger, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe)

Inspektor Patrick Hickertseider, München (Notarstellen Graf zu Castell/Singer)

Inspektorin Manuela Hirsch, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter)

Inspektorin Karin Huber, Eggenfelden (Notarstelle Feller)