

Mitteilungen

des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 5

MittBayNot

September/Oktober 1991

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

Die Verfügungsermächtigung nach § 6 Vermögenszuordnungsgesetz

von Notar *Walter Böhringer*, Heidenheim/Brenz

In den alten Bundesländern ist es eine selbstverständliche Tatsache, daß über die Verfügungsberechtigung eines Veräußerers das Grundbuch Auskunft gibt. Im Zusammenspiel mit den Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens bezüglich der wesentlichen Grundbucheintragungen gewährleistet unser Liegenschaftsrecht eine hohe Rechtssicherheit. In den neuen Bundesländern dagegen liefert das Institut des Volkseigentums diese Klarheit nicht¹. Für jedes volkseigene Grundstück bzw. Gebäude ist zu fragen, wem es eigentlich „zusteht“.

I. *Gesetzesmotive*

Artt. 21 und 22 des Einigungsvertrages² i. V. m. dem Kommunalvermögens- und Treuhandgesetz und seine Durchführungsverordnungen knüpfen an Kriterien an, deren Voraussetzungen sich bisher kaum durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden — wie dies für Grundstücke und Gebäude nach § 29 GBO erforderlich ist — nachweisen ließen. Die Grundbuchämter konnten regelmäßig nicht feststellen, auf welche Gebietskörperschaft welches Grundstück bzw. Gebäude übergegangen war; eine Grundbuchberichtigung konnte nicht vorgenommen werden. Dies führte zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß seit dem 3. 10. 1990 nur in wenigen Fällen eine Verfügung über volkseigene Grundstücke bzw. Gebäude möglich war. Das eigentliche Investitionshemmnis bei volkseigenen Grundstücken lag bis zum Frühjahr 1991 bei den ungeklärten Eigentumszuordnungsfragen. Die Klärung der Identität des Verfügungsberechtigten war für die Grundbuchämter besonders wichtig; das Investitionsgesetz konnte ohne die Feststellung des gegenwärtig Verfügungsberechtigten nicht voll funktionieren.

¹ Art. 233 § 2 EGBGB. Das EGBGB wurde durch den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. 8. 1990 (Einigungsvertrag) i. V. m. Art. 1 des Gesetzes vom 23. 9. 1990 (BGBl. 1990 II 885) um einen Sechsten Teil gemäß Anlage I Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt II ergänzt.

² BGBl. 1990 II 885 ff.

II. *Das Vermögenszuordnungsgesetz*

Durch die Regelungen in Artt. 21 und 22 des Einigungsvertrages sind beträchtliche Verzögerungen bei der Verteilung der volkseigenen Grundstücke und Gebäude entstanden. Nunmehr wurde mit dem Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen³ eine Möglichkeit geschaffen, die ungeklärten Eigentumszuordnungsfragen einer zügigeren Erledigung zuzuführen. Dieses Gesetz enthält in Art. 6 das Vermögenszuordnungsgesetz (VZOG), das ein Verwaltungsverfahren vor dem Präsidenten der Treuhandanstalt bzw. dem Präsidenten der Oberfinanzdirektion vorsieht, in dem festgestellt wird, welches Vermögen welchem Träger der öffentlichen Verwaltung zugefallen oder noch zu übertragen ist. Das VZOG ist im deutschen Liegenschaftsrecht eine revolutionäre Novität, mit der der Streit der „öffentlichen Hände“ um ehemaliges Volksvermögen jetzt auf relativ einfache Weise beigelegt werden kann. In einem Zuordnungsverfahren wird der Rechtsübergang kraft Gesetzes oder die Übertragung von Vermögen in die Treuhandverwaltung festgestellt. Das VZOG ändert nichts am Anspruch der Kommunen auf ihr Eigentum. Es regelt (nur), wie die Kommune tatsächlich an ihr Eigentum kommt.

III. *Verfügungsbefugnis nach § 6 VZOG*

Das Zuordnungsverfahren nach dem VZOG hat den Nachteil, daß stets alle Beteiligten angehört werden müssen und erst dann mit einem Zuordnungsbescheid umfassend in Rechtskraft erwachsen kann. Solange das Verfahren noch nicht mit einem Bescheid sein Ende gefunden hat, kann eine Verfügung über das Grundstück bzw. Gebäude nicht erfolgen. Um die Zeit bis zum Erlaß des Zuordnungsbescheids zu überbrücken, wird den Kommunen und Ländern eine Verfügungsbefugnis eingeräumt. Sie ermöglicht sofortiges Handeln. Aus diesem Grund sieht das VZOG in § 6⁴ eine

³ Vom 22. 3. 1991, BGBl. I 765.

⁴ Es handelt sich dabei um eine sinnvolle und in der notariellen Praxis notwendige Vorschrift, für die ich mich im Gesetzgebungsverfahren mit Nachdruck eingesetzt habe.

gesetzliche Verfügungsbefugnis vor. Unabhängig von den in Artt. 21 und 22 des Einigungsvertrages geregelten Eigentumsübergängen und Restitutionsansprüchen wurde die Verfügungsbefugnis unabhängig vom Eigentum begründet. Verfügungen der in § 6 VZOG genannten Verfügungsberechtigten sind schon zu einem Zeitpunkt möglich, in dem der Eigentümer des Grundstücks noch nicht feststeht. Da die Verfügungsbefugnis von Gesetzes wegen besteht, bedarf es nicht eines besonderen Zuordnungsbescheids.

Aufgrund der Verfügungsermächtigung vorgenommene Rechtsgeschäfte gelten als Verfügungen des Berechtigten. Verfügungsbefugnis bedeutet „Vollmacht zum Handeln“ wie ein Eigentümer. Die Verfügungsermächtigung hat den Charakter einer gesetzlichen Vollmacht⁵. Der Verfügungsbefugte ist aber keine Partei kraft Amtes. Die Verfügungsbefugnis des tatsächlichen Eigentümers oder treuhänderischen Verwalters in bezug auf das betroffene Grundstück oder Gebäude bleibt unberührt. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß der tatsächliche Eigentümer verfügt, wenngleich es dazu wegen der tatsächlichen Schwierigkeiten (Urkundenbeweis nach §§ 22, 29 GBO für sein ihm nach Artt. 21, 22 des Einigungsvertrages zustehendes Eigentum) nicht kommen wird. Möglich bleibt also, daß der tatsächliche Eigentümer und der nach § 6 VZOG Verfügungsbefugte eine Verfügung über Grundstücke bzw. Gebäude trifft. Bei Unvereinbarkeit dieser beiden Geschäfte besteht kein Vorrang. Es gelten die allgemeinen Grundsätze⁶; handelt es sich um kollidierende Verpflichtungsgeschäfte, z. B. Kaufverträge, sind beide wirksam; bei Verfügungsgeschäften hat das zuerst beim Grundbuchamt beantragte Vorrang (§ 17 GBO).

Die gesetzliche Verfügungsbefugnis des § 6 VZOG hebt Ansprüche privater Dritter auf Grundstücke und Gebäude nicht auf und beseitigt auch nicht die nach dem VermG bestehende Verfügungs- und Genehmigungssperre.

Für die Verfügungsbefugnis gilt im Hinblick auf vermögensrechtliche Ansprüche nichts anderes als für die reguläre Vermögenszuordnung durch einen Zuordnungsbescheid nach § 2 VZOG. Auch die Verfügungsbefugnis besteht unabhängig davon, ob das betreffende ehemals volkseigene Grundstück oder Gebäude Gegenstand vermögensrechtlicher Ansprüche ist oder nicht (vgl. § 9 Abs. 1 VZOG). Sie erfaßt anmeldebelastete und anmeldungsfreie Grundstücke in gleicher Weise. Die Verfügungsbefugte Kommune bzw. das Verfügungsbefugte Land unterliegen deshalb wie der durch den Zuordnungsbescheid festgestellte Eigentümer oder treuhänderische Verwalter den sich aus dem VermG ergebenden Beschränkungen, also der Verfügungs- und Genehmigungssperre nach § 3 Abs. 3 VermG und § 6 der Anmeldeverordnung. Auch hier kann die Genehmigungs- und Verfügungssperre durch eine Entscheidung nach § 3 a VermG oder eine Investitionsbescheinigung nach dem BlnVG überwunden werden.

IV. Verfügungsberechtigte

Kommunen und Landkreise sind zur Verfügung über volkseigene Grundstücke befugt, wenn als Rechtsträger im Zeitpunkt der Verfügung im Grundbuch eingetragen ist: die Kommune oder der Landkreis, die Organe der Kommunen oder der Landkreise (Rat der Gemeinde ... bzw. Rat des Kreises ...), die den Kommunen oder Kreisen unterstellten

Betriebe der Wohnungswirtschaft. Die Länder sind Verfügungsbefugt, wenn die Bezirke, aus denen sie nach dem Ländereinführungsgesetz vom 22. 7. 1990⁷ gebildet sind, oder deren Organe als Rechtsträger des betroffenen Grundstücks bzw. Gebäudes im Grundbuch eingetragen sind. Ist ein Bezirk aufgeteilt worden, so ist jeweils das Land Verfügungsbefugt, in dessen Gebiet der betreffende Teil des Gebietes des früheren Bezirks liegt.

Voraussetzung ist in allen Fällen, daß die genannten Verfügungsberechtigten im Zeitpunkt der Verfügung als Rechtsträger im Grundbuch eingetragen sind. Ist dies nicht der Fall, so können Kommunen dennoch über Grundstücke bzw. Gebäude verfügen, wenn sie bei der nach § 1 VZOG zuständigen Stelle beantragen, ihnen das Grundstück bzw. Gebäude als Eigentümer zuzuweisen und zwar für besondere Investitionszwecke (investives Zuweisungsverfahren⁸ nach § 7 VZOG).

Nicht zu den Verfügungsberechtigten im Sinne von § 6 VZOG zählen die volkseigenen Betriebe (mit Ausnahme der ehemaligen volkseigenen Betriebe der Wohnungswirtschaft), Kombinate, Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften u. a. Nach der Umwandlung dieser Betriebe in Kapitalgesellschaften usw. sind diese als Eigentümer Verfügungsberechtigt; deren Verfügungen sind unter Anwendung des Investitionsgesetzes⁹ vorzunehmen, nicht über § 3 a VermG¹⁰ oder über das VZOG. War als Rechtsträger das Ministerium für Staatssicherheit eingetragen, so ist nach § 6 VZOG niemand Verfügungsbefugt. Auf die Nutzung des Grundstücks am 3. 10. 1990 kommt es nicht an, sondern nur auf die im Grundbuch eingetragene Rechtsträgerschaft. Nur den in § 6 VZOG genannten Rechtsträgern steht die gesetzliche Verfügungsbefugnis zu.

Ein besonderer Bescheid über die Verleihung der Verfügungsbefugnis ist nicht erforderlich; sie ist kraft Gesetzes entstanden.

V. Umfang der Verfügungsbefugnis

Bei § 6 VZOG fragt sich, welche Rechtsgeschäfte von der Verfügungsbefugnis erfaßt werden. Eindeutig bezieht sich die Verfügungsbefugnis auf alle dinglichen Rechtsgeschäfte (Grundstücksveräußerungen, Begründung von Wohnungs- und Teileigentum, Bestellung von Erbbaurechten, Begründung, Bestellung oder Übertragung von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück oder Gebäude oder Teilen davon). Wie sich aus § 6 Abs. 3 VZOG entnehmen läßt, sind auch die den dinglichen Verfügungen zugrundeliegenden Kausalgeschäfte erfaßt. Darüber kann es keinen Zweifel geben, sonst wäre die Verfügungsermächtigung nicht praktikabel. Der Verfügungsbefugte ist auch antragsberechtigt im Sinne von § 13 Abs. 2 GBO. Zweifelhaft kann nur sein, ob die Vorschrift des § 6 VZOG auch anzuwenden ist, wenn der im Grundbuch eingetragene Rechtsträger lediglich ein Rechtsgeschäft über ein schuldrechtliches (nicht dingliches) Nutzungsrechtsverhältnis (z. B. Miete, Pacht) abschließen will. Dies ist zu bejahen. Auch in diesem Sinne ist § 6 VZOG weit auszulegen¹¹. Es wäre geradezu paradox, wenn der in § 6 VZOG genannte Rechtsträger eine Dienstbarkeit (auch Nießbrauch) sachen-

⁵ Ebenso Schmidt-Räntsch DtZ 1991, 169, 173.

⁶ Vergleichbare Regeln finden sich bei §§ 115, 185 Abs. 2 Satz 2 BGB.

⁷ GBl.-DDR 1990 I Nr. 51 S. 955. Das Gesetz gilt nach Anlage II Artikel II Sachgebiet A Abschnitt II des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990 (BGBl. 1990 II 885, 1150, 1167) fort.

⁸ Dieses Verfahren soll hier nicht dargestellt werden.

⁹ Neu bekannt gemacht am 22. 4. 1991, BGBl. I 994.

¹⁰ Neu bekannt gemacht am 18. 4. 1991, BGBl. I 957.

¹¹ Ebenso Schmidt-Räntsch DtZ 1991, 169, 173.

rechtlich bestellen könnte, nicht aber ein nur inter partes wirkendes und weniger einschneidendes Miet-/Pachtverhältnis begründen dürfte.

Mit der Bestimmung in § 6 VZOG können die Kommunen auch über die „Modrow-Grundstücke“ oder „Komplettierungsfälle“ verfügen. Gemeint sind die Fälle, in denen die Kommunen nach dem Gesetz über den Verkauf volkseigener Gebäude¹² Grundstücke an die Nutzungsberechtigten vor dem 3. 10. 1990 verkauft haben und die Verträge im Grundbuch nicht vollzogen worden sind, weil die Anträge nach dem 2. 10. 1990 beim Grundbuchamt eingegangen sind. In all diesen Fällen sind die Räte der Gemeinden oder Städte als Rechtsträger der Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Bei Abschluß der Kaufverträge¹³ traten die Kommunen zu recht als Eigentümer auf; Artt. 21 und 22 des Einigungsvertrages wies eventuell das Vermögen einer anderen Gebietskörperschaft zu, bestimmte also möglicherweise einen anderen zum Rechtsinhaber. Dieser Nachweis gelingt stets mit einem Bescheid nach § 2 VZOG. Wurde der Kommune in einem solchen Bescheid das Eigentum zugeordnet, darf das Grundbuchamt den Kaufvertrag vollziehen¹⁴. Eine Nachgenehmigung der Kommune ist nicht erforderlich. Problematisch erscheinen die Fälle, in denen der Bescheid nach § 2 VZOG noch nicht erlassen ist. Wurde der Eintragungsantrag nach dem 2. 10. 1990 (auch von der Kommune) gestellt, so kann darin eine Bestätigung der Verfügung des nach § 6 VZOG Verfügungsberechtigten gesehen werden. Ohne weitere Handlung der Kommune können die Verträge im Grundbuch vollzogen werden. Wurde vom Veräußerer kein Antrag gestellt, so können die Regeln in § 185 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 2. Fall BGB entsprechend herangezogen werden, denn bei § 185 Abs. 2 Satz 1 2. Fall BGB ist nicht die Rechtsinhaberschaft maßgebend, sondern die Verfügungsberechtigung, also ihr Zusammenfallen mit der Person des Verfügenden¹⁵. Automatisch, also ohne weitere Rechts-handlungen wird die Verfügung wirksam. Dies hat auch das Grundbuchamt zu beachten; es darf keine Nachgenehmigung verlangen¹⁶. Diese Verfügung ist dem tatsächlichen Eigentümer gegenüber wirksam.

VI. Schutz des Erwerbers

1. Zeitliche Schranke

Der mit dem Verfügungsberechtigten kontrahierende Erwerber ist durch die Vorschrift in § 6 Abs. 2 und 3 VZOG weitgehend geschützt. Die Verfügungsbefugnis des Verfügenden endet, wenn in Ansehung des Grundstücks oder Gebäudes ein Zuordnungsbescheid nach §§ 2, 4 oder 7 VZOG unanfechtbar geworden und eine öffentliche¹⁷ oder öffentlich beglaubigte¹⁸ Urkunde hierüber dem Grundbuchamt vorgelegt worden ist. Dann steht fest, wem das Grundstück

oder Gebäude zugeordnet oder zuzuordnen ist. Wichtig ist, daß nicht schon das Existieren eines bestandskräftigen Zuordnungsbescheids die Verfügungsbefugnis beendet, sondern der Bescheid auch noch beim Grundbuchamt vorgelegt werden muß. Das Datum des Eingangs dieses Bescheids beim Grundbuchamt sollte unbedingt vermerkt werden, da doch enorme materiell-rechtliche Wirkungen mit dem Zugang verbunden sind.

2. Analoge Anwendung des § 878 BGB

Endet die Verfügungsbefugnis nach den Ausführungen oben Nr. 1, so ist § 878 BGB entsprechend anwendbar. Grundgedanke dieser Regelung ist wie bei § 878 BGB, daß das langsame Arbeiten des Grundbuchamts nicht dazu führen darf, daß das Grundbuchamt den vor Wegfall der Verfügungsbefugnis beantragten Rechtserwerb jetzt nicht mehr einträgt¹⁹. Folgt man der strengerer Meinung²⁰ zu § 878 BGB, muß der Rechtserwerber den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt haben, um den Schutz des § 878 BGB zu erhalten. Auch die sonstigen Voraussetzungen²¹ des § 878 BGB müssen erfüllt und dem Grundbuchamt nachgewiesen sein.

3. Erweiterung des § 878 BGB

Hat sich der Verfügungsbefugte zur Vornahme einer sachenrechtlichen Verfügung wirksam verpflichtet, so kann er die Verpflichtung auch dann noch erfüllen, wenn seine Verfügungsbefugnis im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung weggefallen ist. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß für den Rechtserwerber eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen wurde, genügend ist allerdings auch schon, wenn ein entsprechender Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt wurde. Dies ist im Gesetz ausdrücklich so festgelegt, weil die große Arbeitsbelastung der Grundbuchämter bekannt war.

Diese Regelung ist eine konsequente Erweiterung des § 878 BGB. Der Gesetzgeber wollte sicherstellen, daß der Rechtserwerber bei der Vornahme des Verfügungsgeschäfts nur mit dem selben Partner kontrahieren braucht, mit dem er schon bisher das Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen hatte. Die Heranziehung der Regeln des § 888 BGB erschien unzweckmäßig und dem Rechtserwerber unzumutbar. Mit der Gesetzesregelung soll erreicht werden, daß eine Kommune einen rechtmäßig geschlossenen Kaufvertrag auch sachenrechtlich erfüllen kann.

VII. Sonderkonto für Entgelt

Die gesetzliche Verteilung der Verfügungsbefugnis führt nicht zu einem endgültigen Rechtserwerb. Da der Verfügungsberechtigte nicht mit dem tatsächlichen Eigentümer übereinstimmen muß, wurde in § 6 Abs. 4 VZOG bestimmt, daß das Entgelt aus der Veräußerung von volkseigenen Grundstücken und Gebäuden bis zu einer unanfechtbaren Entscheidung über die Zuordnung nach §§ 1 und 2 VZOG auf ein Sonderkonto²² des jeweils zuständigen Landesinnen-

¹² Vom 19. 3. 1990, GBl.-DDR I Nr. 18 S. 157 mit DVO, GBl.-DDR I Nr. 18 S. 158 und Nr. 53 S. 1076. Das Gesetz und die Verordnungen sind nur bis zum 3. 10. 1990 in Kraft geblieben.

¹³ In die man die Auflassung hineinlesen kann und muß, da ja ab 3. 10. 1990 BGB-Liegenschaftsrecht für alle nach diesem Zeitpunkt beantragten Rechtsänderungen gilt, Art. 233 § 7 EGBGB.

¹⁴ Vorausgesetzt wird, daß die behördlichen Genehmigungen und Bescheinigungen nach derzeitiger Rechtslage dem Grundbuchamt vorliegen.

¹⁵ Palandt-Heinrichs § 185 Anm. 3 BGB.

¹⁶ Folgt man dieser Ansicht nicht, müßte dem Grundbuchamt eine Nachgenehmigung (im Sinne einer Bestätigung) der Kommune in der Form des § 29 GBO (Unterschrift und Siegel) vorgelegt werden.

¹⁷ § 415 ZPO.

¹⁸ §§ 415, 418 ZPO, § 129 BGB, § 39 BeurkG.

¹⁹ Ausführlich zu den Prinzipien des § 878 BGB Böhringer BWNotZ 1979, 141.

²⁰ KEHE § 19 Rdnr. 90; Ertl Rpfleger 1980, 41; Böhringer BWNotZ 1979, 141. Nach a. A. (vgl. Haegeler/Schöner/Stöber Rdnr. 121) wird der Fortbestand der Verfügungsbefugnis auch im Hinblick auf die Antragsberechtigung fingiert.

²¹ Bindende Einigung im Sinne von § 873 Abs. 2 BGB und Nachweis in der Form des § 29 GBO, sofern nicht die Lebenserfahrung herangezogen werden darf. Weiter muß der Eintragungsantrag vor dem Zugang des Zuordnungsbescheides beim Grundbuchamt gestellt worden sein.

²² Vorbild dafür war im Gesetzgebungsverfahren das Notaranderkonto.

ministeriums einzuzahlen ist. Es ist an den in dem Bescheid festgelegten Berechtigten unverzüglich auszuzahlen. Daraus erhellt, daß das Zuordnungsverfahren nach §§ 1 ff. VZOG keinesfalls entbehrlich ist, mit § 6 VZOG lediglich eine raschere Verfügungsmöglichkeit über volkseigene Grundstücke und Gebäude geschaffen wurde.

VIII. Sonstiges

1. GVVO-Genehmigung

§ 6 VZOG schafft lediglich für die genannten Rechtsträger eine Verfügungsbefugnis. Andere Voraussetzungen für eine wirksame Verfügung werden dadurch nicht ersetzt. Verfügen die genannten Rechtsträger, so ist § 3 Abs. 2 VZOG nicht anwendbar, d. h. die Verfügung bedarf der Genehmigung nach § 2 GVVO²³.

2. Bescheinigung nach § 3 a VermG

In § 9 VZOG ist klagestellt, daß das VermG unberührt bleibt. Dies bedeutet, daß eine Verfügung nach § 6 VZOG nicht möglich ist, wenn vermögensrechtliche Ansprüche angemeldet sind. Es erscheint gegenwärtig nur schwer vorstellbar, daß ein volkseigenes Grundstück mit Sicherheit nicht Gegenstand von etwaigen Rückübertragungsansprüchen ist oder sein kann, es sei denn, es hätte schon vor 1933 und seitdem ununterbrochen im Eigentum der Gebietskörperschaft gestanden. Mit Rücksicht auf den bekanntlich noch unvollständigen Bearbeitungsstand der eingereichten Anmeldungen hat der Bundesminister der Justiz empfohlen, derzeit alle Veräußerungen volkseigener Grundstücke so zu behandeln, wie wenn Ansprüche angemeldet wären, es sei denn, aufgrund einer exakten Rückverfolgung der Grundstücksgeschichte bis zu einem Zeitraum vor 1933 könne mit Sicherheit ausgeschlossen werden, daß das Grundstück Gegenstand von Anmeldungen sein könnte. Die im Vermögensgesetz sowie im Investitionsgesetz im Interesse der Inhaber von Rückübertragungsansprüchen enthaltenen Regelungen erlauben es in der Tat nicht, Grundstücke nur deshalb als frei von Rückübertragungsansprüchen zu behandeln, weil gegebenenfalls ordnungsgemäß angemeldete Ansprüche noch nicht vollständig erfaßt wurden.

Bei anmeldungsbelasteten Grundstücken bzw. Gebäuden ist nach § 3 a VermG zu verfahren. Die in § 6 VZOG genannten Rechtsträger können nach § 3 a VermG (Supervorfahrtsregelung) i. V. m. § 6 VZOG verfügen. Diese Verfügung setzt investive Zwecke voraus. Eine Genehmigung nach der GVVO entfällt bei einer Veräußerung nach § 3 a VermG²⁴. Gegenüber dem Grundbuchamt genügt als Nachweis, daß die Verfügung nach § 3 a VermG erfolgt und somit keine Genehmigung nach § 2 GVVO erforderlich ist, eine mit Dienststempel und Unterschrift (§ 29 GBO) versehene Bescheinigung des Verfügungsberechtigten. Der Verfügungsberechtigte kann nun selbst darüber entscheiden, ob ein besonderer Investitionszweck vorliegt (sogen. Eigenbescheinigung). In der Bescheinigung brauchen — anders als bei der Investitionsbescheinigung — keine Auflagen (Befristungen) aufgeführt sein²⁵. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Entscheidung des Verfügungsberechtigten haben keine aufschiebende Wirkung; das Grundbuchamt kann eintragen. Das Grundbuchamt darf nicht prüfen, ob im einzelnen die Voraussetzungen des § 3 a VermG vorliegen.

§ 3 a Abs. 7 VermG sieht vor, daß der (bis zum 31. 12. 1992) abgeschlossene Veräußerungsvertrag nur wirksam ist, wenn er

eine Verpflichtung des Erwerbers enthält, das Grundstück zurückzuübertragen, falls er die für die ersten zwei Jahre zugesagten Investitionsmaßnahmen nicht durchführt. Zur Fristwahrung muß es genügen²⁶, wenn vor dem 31. 12. 1992 der schuldrechtliche Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks oder Gebäudes abgeschlossen wird. Dies ist besonders dann wichtig, wenn eine Teilfläche eines Grundstücks verkauft wird und der Veränderungsnachweis des Vermessungsamtes auf sich warten läßt.

3. Investitionsbescheinigung

Wenn die Frist nach § 3 a VermG (31. 12. 1992) abgelaufen ist oder wenn die von § 3 a VermG nicht erfaßten Investitionsformen angestrebt werden, kann über anmeldungsbelasteten Grundbesitz nur nach dem Investitionsgesetz verfügt werden. Dem Grundbuchamt ist dann eine Investitionsbescheinigung der zuständigen Behörde vorzulegen, die nunmehr die Genehmigung nach der GVVO ersetzt. Zu beachten ist, daß das Investitionsgesetz nicht klärt, wer Verfügungsberechtigter ist. Die Investitionsbescheinigung begründet keine Verfügungsbefugnis, setzt eine solche vielmehr voraus.

4. Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde

Verfügt eine Kommune, ist die Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde nach § 49 Kommunalverfassungsgesetz²⁷ erforderlich; § 6 VZOG fingiert lediglich eine Verfügungsbefugnis, ersetzt aber keine anderen Voraussetzungen für den Rechtserwerb. § 49 Kommunalverfassungsgesetz bestimmt, daß Grundstücksverfügungen einer Kommune aufsichtsrechtlich genehmigt werden müssen, enthält aber keine Einschränkungen dahingehend, daß es sich hierüber um eine Verfügung über kommunales Vermögen handeln muß.

5. Keine Grundbuchberichtigung möglich

Die in § 6 VZOG geschaffene Verfügungsermächtigung berechtigt die genannten Rechtsträger nicht, das Grundbuch auf sich als Eigentümer berichtigen zu lassen. Die Grundbuchberichtigung stellt keine Verfügung im Sinne von § 6 VZOG dar. Selbstverständlich bleibt es den Rechtsträgern unbenommen, über den Urkundennachweis in der Form des § 29 GBO sich als tatsächlichen Eigentümer ins Grundbuch eintragen zu lassen. Gleiches gilt für das Zuordnungsverfahren nach §§ 1 ff. VZOG. Dann bedarf allerdings der Verfügende keines Rückgriffs auf § 6 VZOG mehr.

IX. Zusammenfassung

1. § 6 VZOG stellt eine Novität dar. Durch eine neu geschaffene Verfügungsermächtigung kann jetzt rascher über volkseigene Grundstücke und Gebäude verfügt werden. Die Verfügungsermächtigung hat den Charakter einer gesetzlichen Vollmacht. Die Verfügungsbefugnis ist kraft Gesetzes entstanden; ein besonderer Bescheid wird nicht erlassen.
2. Durch eine konsequente Erweiterung des § 878 BGB wird der Erwerber ausreichend geschützt.
3. Die Verfügungsermächtigung ersetzt keinesfalls andere Erfordernisse für den sachenrechtlichen Erwerb, insbesondere benötigt das Grundbuchamt entweder den Genehmigungsbescheid nach § 2 GVVO, eine Eigenbescheinigung des Verfügenden nach § 3 a VermG oder die Investitionsbescheinigung nach § 2 BlnVG.

²³ Neu bekanntgemacht, BGBl. 1991 I 999.

²⁴ Sie darf auch nicht erteilt werden.

²⁵ So auch Wittmann DtZ 1991, 174, 179.

²⁶ So schon Böhringer Betriebsberater Beilage 13 zu Heft 15/1991 S. 2.

²⁷ Vom 17. 5. 1990, GBl.-DDR I Nr. 28 S. 255.

Kann ein schreibunfähiger Stummer ein Testament errichten?

von Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

I. Problemstellung

1. Ein konkreter Fall soll das Problem verdeutlichen: Eine seit vielen Jahren an Muskel- und Nervenlähmung Erkrankte ist ans Bett gefesselt und kann sich praktisch nicht mehr bewegen. Sie wird künstlich beatmet. Folge der Erkrankung bzw. der Einbindung in die Beatmungsapparaturen ist, daß sie nicht schreiben kann und auch am Sprechen gehindert ist. Eine anderweitige Verständigung mit ihr (z.B. durch Zeichen) ist möglich.

2. Aus materiell-rechtlichen Vorschriften (§ 2233 Abs. 3 BGB) ergibt sich, daß ein stummer Erblasser nur durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift testieren kann. Hierzu bestimmt § 31 BeurkG, daß er schriftlich seinen Erblasserwillen manifestieren muß. Dies kann der schreibunfähige Stumme nicht. Kann er deshalb gar nicht testieren?

II. Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage

Bereits in den Motiven zum BGB¹ heißt es, daß eine Person, die sich weder mündlich noch schriftlich ausdrücken kann, eine letztwillige Verfügung nicht errichten kann.

Dem folgt die einhellige Meinung in Rechtsprechung² und Lehre³. Danach kann ein schreibunfähiger Stummer ein Testament nicht errichten. Man ist sich nur nicht darüber einig — ohne dies näher zu diskutieren —, ob es sich um eine Frage der Testierfähigkeit⁴ oder der tatsächlichen Testiermöglichkeit⁵ handelt. Dies kann auch offen bleiben.

Als Stummer in diesem Sinne wird auch angesehen, wer — aus welchem Grunde auch immer — nur zu einem unartikulierten, unverständlichen Sprechen oder Lallen fähig ist⁶. Stumm in diesem Sinne ist demnach auch, wer sich nur durch Zeichen oder Gebärden verständlich machen kann⁶, dem man also im übrigen „von den Lippen lesen muß“.

Als nicht stumm wird dagegen angesehen, wer verständlich zumindest „Ja“ sagen kann⁷. Dies soll zugleich für die Errichtung einer notariellen Testamentsurkunde durch „mündliche Erklärung“ (§ 2231 Nr. 1 BGB) genügen, da es nicht erforderlich sei, hierbei den Willen Wort für Wort oder im Zusammenhang mündlich zu erklären; es genüge eben das „Ja“ auf Fragen bzw. den verlesenen letzten Willen⁷.

Diese Auslegung wird allerdings bereits als „Grenze“ angesehen, die nur aus einem unabweisbaren praktischen Bedürfnis heraus zu tolerieren sei⁸.

Die Details sind streitig: ist bei mehreren in einer Urkunde enthaltenen Verfügungen abschnittsweises Vorlesen und jeweils ein „Ja“ erforderlich⁹ oder genügt ein „Schluß-Ja“¹⁰, das etwa gar mit dem Genehmigen nach § 13 BeurkG zusammenfallen kann? Muß vom „Ja“ sowohl das „a“ wie das „J“ gut verständlich sein?¹¹

III. Kritikpunkte aus dem materiellen und formellen Recht

Von den zitierten Meinungen werden wohl zwei Gesichtspunkte nicht hinlänglich klar unterschieden:

¹ Motive V S. 251.

² Vgl. RG 108, 397; 161, 378; BGHZ 2,175; 37,79 = LM § 2249 Nr. 1 (Anm.); KG DNotZ 1960, 485; BayObLG MDR 1969, 146; Rpfleger 1987, 359 (Hinweis, sonst nicht veröff.); OLG Hamm OLGZ 1989, 20 = DNotZ 1989, 584.

³ Alternativkommentar, BGB, Bd. 6, 1990, § 2229 Rdnr. 19 (Finger); Dittmann-Reimann-Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, § 2229 Rdnr. 56 (Reimann); Erman, BGB, 8. Aufl., 2. Bd., 1989, § 2229 Rdnr. 8 (Hense u. Schmidt); Huhn-von Schuckmann, BeurkG, 2. Aufl., 1987, § 31 Rdnr. 4; Jansen, BeurkG, 1971, § 31 Rdnr. 8, § 24 Rdnr. 2; Keidel-Kuntze-Winkler, FG, 12. Aufl., 1986, § 31 BeurkG, Rdnr. 4 (Winkler); Lange-Kuchinke, Erbrecht, 3. Aufl. 1989, S. 293; Münchener Kommentar, BGB, 2. Aufl., Bd. 6, 1989, § 2229 Rdnr. 9 (Burkart); Palandt, BGB, 49. Aufl., 1990, § 2229 Anm. 2 d, § 2233 Anm. 3 (Edenhofer); RGRK, BGB, 12. Aufl., 1975, § 2233 Rdnr. 4 (Johannser); Soergel, BGB, 11. Aufl., Bd. 7, 1982, § 2233 Rdnr. 6 (Harder); Staudinger, BGB, 12. Aufl., Bd. V, 1983, § 2233 Rdnr. 10 (Firsching).

⁴ So insb. AK § 2229 Rdnr. 19; Erman, § 2229 Rdnr. 8; Huhn-von Schuckmann, § 31 Rdnr. 4; Münchener Kommentar, § 2229 Rdnr. 9.

⁵ So dezidiert bereits Motive V, 251; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2229 Rdnr. 54 ff.; Lange-Kuchinke S. 293.

⁶ OLG Hamm, OLGZ 1989, 20; AK § 2233 Rdnr. 9; Brox, Erbrecht, 12. Aufl. 1990, Rdnr. 107; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 9 ff., § 2233 Rdnr. 22 f.; Erman, § 2232 Rdnr. 3, § 2233 Rdnr. 4; Lange-Kuchinke, S. 302; Leipold, Erbrecht, 8. Aufl. 1990, Rdnr. 224; Münchener Kommentar, § 2232 Rdnr. 18, § 2233 Rdnr. 12; Planck, BGB, 4. Aufl., Bd. 5, 1930, § 2238 Anm. 2; Soergel, § 2232 Rdnr. 3; Staudinger, § 2232 Rdnr. 13 ff.

⁷ RG 161, 378; BGH 37, 79; BayObLG DNotZ 1969, 301; OLG Hamm, OLGZ 1979, 20 (mit Nachw.); AK § 2233 Rdnr. 9; Brox, Rdnr. 107; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 9 ff., § 2233 Rdnr. 22 f.; Erman, § 2232 Rdnr. 3, § 2233 Rdnr. 4; Lange-Kuchinke S. 302; Leipold, Rdnr. 224; Münchener Kommentar, § 2232 Rdnr. 18, § 2233 Rdnr. 12; Soergel, § 2232 Rdnr. 3; Staudinger, § 2232 Rdnr. 13 ff.

⁸ Insb. OLG Hamm, OLGZ 1989, 20, 24; Brox, Rdnr. 107; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 9 f.; Münchener Kommentar, § 2232 Rdnr. 4, 8, § 2233 Rdnr. 12.

⁹ Insb. Planck, § 2238 Anm. 2; Staudinger, § 2232 Rdnr. 13 ff.; dagegen ausführlich Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 14.

¹⁰ Vor allem RG 161, 378, 382; BayObLG DNotZ 1969, 303; AK § 2233 Rdnr. 9; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 14.

¹¹ So die Ausführungen des OLG Hamm.

1. Materielles Recht und Beurkundungsrecht

Materiell-rechtlich muß das Testament durch „mündliche“ Erklärung errichtet werden, soweit diese Testamentsform gewählt wird (vgl. §§ 2231, 2247 BGB).

Dieser Begriff der mündlichen Erklärung taucht im Verfahrensrecht (BeurkG) nicht auf. Gemäß § 9 BeurkG muß die Niederschrift enthalten die „Erklärungen“ der Beteiligten, gemäß § 17 BeurkG hat der Notar die „Erklärungen“ wiederzugeben.

Wie die Beteiligten ihren Willen dem Notar erklären, ob durch mündliche oder schriftliche oder konkludente oder über einen Mittelsmann vermittelte Willensäußerung, ist verfahrensrechtlich ebenso nicht festgelegt wie das Pendant, auf welche Art und Weise der Notar sich Kenntnis vom Inhalt der Erklärungen der Beteiligten verschafft¹².

Dem entspricht es, daß selbst ein Stummer an einer notariellen Verhandlung teilnehmen kann und seine „Erklärungen“ beurkundet werden, wie sich aus §§ 22, 24 BeurkG ergibt.

Das materielle Recht versperrt im § 2231 Nr. 1 BGB jedoch für Verfügungen von Todes wegen diesen Weg, wenn es ausdrücklich „mündliche“, also durch verständliche Sprache vermittelte Willensäußerung vorschreibt¹³.

Konsequenterweise, da das Verfahrensrecht den Primat des materiellen Rechts anerkennen muß, schließt § 31 BeurkG den § 24 BeurkG für die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen als *lex specialis* aus¹⁴ und schreibt insoweit den Verfahrensgrundsatz der Mündlichkeit vor.

2. Folgerungen aus dem positiven Recht

Positivrechtlich scheint also festzustehen, daß ein schreibunfähiger Stummer ein Testament nicht errichten kann, da er „mündlich“ sich nicht erklären kann und wegen seiner Schreibunfähigkeit auch der Weg der §§ 2231 Nr. 2 BGB, 31 BeurkG ausgeschlossen ist.

Da dieses Ergebnis für die Praxis unannehmbar ist — sind doch gerade Testierende sehr oft wegen körperlicher Hinfälligkeit im obigen Sinne doppelt behindert¹⁵ —, hat die h. M. aus Stummen, die gerade noch „Ja“ sagen können, mündlich Erklärende gemacht — mit schlechtem Gewissen, wie oben gezeigt wurde. Denn vor einer solch exzessiven, formaufweichenden Auslegung wird zu Recht immer wieder gewarnt¹⁶.

Wie dem auch sei: Selbst wenn man der einhelligen Meinung folgt, bleibt ein Restbestand von schreibunfähigen Stummen, die nicht einmal „Ja“ sagen können und deshalb vom Testieren ausgeschlossen sind. Dies kann nur akzeptiert werden, wenn es dafür eine überzeugende Begründung gibt, die insbesondere verfassungsrechtlichen Bedenken standhält.

IV. Verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit der Gesetzgebung

1. Motive des BGB-Gesetzgebers

Daß schreibunfähige Stumme von der Testiermöglichkeit gänzlich ausgeschlossen sein sollen, wurde vom BGB-

¹² Vgl. nur Huhn-von Schuckmann, § 9 Rdnr. 13; Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1990, S. 32 ff.

¹³ Soweit eben nicht auf andere Testamentsformen ausgewichen werden kann.

¹⁴ Einhellige Meinung, z. B. Huhn-von Schuckmann, § 24 Rdnr. 3; Jansen, § 24 Rdnr. 2; Keidel-Kuntze-Winkler § 24 Rdnr. 1.

¹⁵ Dittmann-Reimann-Bengel, § 2232 Rdnr. 9 f.

¹⁶ Vgl. nur Kipp-Coing, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, S. 130 ff., insb. 131, 194 f. („Komödie“).

Gesetzgeber damit begründet, daß sich bei ihnen der Wille des Erblassers nicht mit Zuverlässigkeit ermitteln läßt und nicht anzunehmen ist, daß solche Personen das erforderliche Verständnis für die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung haben¹⁷.

Zum ersten Argument ist zu fragen, welcher erkenntnistheoretische Unterschied zwischen einem „Ja“ — das als mündliche Erklärung genügen soll — und einem zustimmenden Kopfnicken besteht. Für das zweite Argument hat man heute ohnedies kein Verständnis mehr.

2. Argumente aus der neueren Gesetzgebung

Beim Erlaß des Beurkundungsgesetzes und der damit zusammenhängenden Änderung verschiedener Vorschriften des BGB hat sich der Gesetzgeber keine Gedanken zur Testierfähigkeit des schreibunfähigen Stummen gemacht¹⁸.

Dagegen hat sich der heutige Gesetzgeber beim Erlaß des sog. Betreuungsgesetzes in anderem Zusammenhang mit der Testierfähigkeit eingehend befaßt, deren Bedeutung herausgestellt und betont, daß es der verfassungsrechtliche Erforderlichkeitsgrundsatz verbietet, automatisch die Testierfähigkeit einzuschränken, wenn die Geschäftsfähigkeit beschränkt wird¹⁹.

3. Verfassungsrechtliche Beurteilung

a) Die Testierfähigkeit oder Testiermöglichkeit ist ein Teil der Testierfreiheit und diese ist im Art. 14 GG als Bestandteil des Erbrechts als Institut wie als Grundrecht garantiert²⁰.

Sie steht allerdings unter Gesetzesvorbehalt (Inhalts- und Schrankenbestimmung). Dieser Vorbehalt stellt das Grundrecht jedoch nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sondern dieser ist insbesondere an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit (früher: Verhältnismäßigkeit) beim Grundrechtseingriff gebunden²¹. Dabei trifft den Gesetzgeber eine Abwägungspflicht. Je näher der Eingriff an den Kern des Grundrechts herangeht, desto gewichtiger müssen die Rechtfertigungsgründe sein.

b) Da die Testierfreiheit jedoch nicht nur im Art. 14 GG garantiert ist, sondern als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) einen starken Bezug zur Menschenwürde (Art. 1 GG) aufweist²² und die Versagung der Testierfähigkeit oder Testiermöglichkeit die Persönlichkeit in ihrem Kern trifft, können es nur überragend wichtige Gemeinschaftsgüter sein, die eine Versagung der Testierfähigkeit rechtfertigen können²³.

c) In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß — wie oben dargelegt — der Gesetzgeber im BGB und im Beurkundungsgesetz seiner Abwägungspflicht nicht nachgekommen ist.

¹⁷ Motive V, 251.

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. V 3282 S. 35.

¹⁹ BT-Drucks. 11, 4528 S. 49, 52 f., 58, 65 ff.

²⁰ BVerfG 67, 329, 341; Bonner Kommentar, GG, Art. 14 (Drittbearb. Kimminich 1986) Rdnr. 94 ff.; Maunz-Dürig-Papier, GG, Bd. II, 1990, Art. 14 Rdnr. 241, 247 (mit Nachw.); ferner Brox Rdnr. 24; Leipold Rdnr. 54.

²¹ BVerfG in st. Rspr., vgl. u. a. BVerfG 30, 193 f.; 32, 107 f.; 44, 49 f.; 47, 369; 57, 99; 67, 228.

²² Vgl. BVerfG 67, 329, 342; BK Art. 14 GG, Rdnr. 94 ff.; Brox Rdnr. 20; Canaris JZ 1987, 999; Kipp-Coing S. 109 ff.; Leipold Rdnr. 182.

²³ Im Sinne der allgemein anerkannten Stufentheorie zu Art. 12 GG, die insoweit auch auf Art. 14 GG übertragen werden kann (Maunz-Dürig-Papier, Art. 14 GG Rdnr. 244 ff.).

In vorbildlicher Weise hat er dies dagegen in jüngster Zeit beim Erlaß des Betreuungsgesetzes für einen analogen Fall nachgeholt und eben festgestellt, daß eine automatische Beeinträchtigung der Testierfähigkeit nur deshalb, weil jemand beschränkt geschäftsfähig ist (vgl. § 2229 Abs. 3 BGB), wegen des verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes nicht in Frage kommt²⁴.

d) In der vorliegenden Fallgestaltung könnte die Versagung der Testiermöglichkeit für den schreibunfähigen Stummen nur begründet werden mit der absoluten Unmöglichkeit, die Formzwecke des Gesetzes bei einem schreibunfähigen Stummen zu erfüllen.

Die vorgeschriebenen Formen im Testamentsrecht bezwecken Klarheit, Beweiskraft, Warnung und — bei notarieller Beurkundung — Belehrung und Beratung²⁵. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Zwecke, die den allgemeinen Formzwecken korrespondieren, nicht durch sachgerechte Verfahrensgestaltung beim schreibunfähigen Stummen erreicht werden können.

Die allgemeinen Verfahrensvorschriften des Beurkundungsgesetzes, insb. § 24, liefern hierzu den Schlüssel. Dort wird der schreibunfähige Stumme ja auch als „verhandlungsfähig“ angesehen, also als fähig, in einer notariellen Verhandlung seine „Erklärungen“ beurkunden zu lassen. Es ist — wie sich Canaris ausdrückt — „skandalös“²⁶, vor einem schreibunfähigen Stummen formale Hürden aufzubauen (vgl. § 31 BeurkG), die ihn von der Testierfreiheit ausschließen²⁷. Hierfür lassen sich keine Gründe finden, die verfassungsrechtlich von Belang wären. Überragend wichtige Gemeinschaftsgüter, die allein einen so weitgehenden Grundrechtseingriff legitimieren könnten, sind schon deshalb nicht denkbar, weil der Gesetzgeber selbst seinen Grundsatz (Ausschluß des schreibunfähigen Stummen von der Testierfreiheit) nicht konsequent durchgehalten und ihn damit diskreditiert hat.

Über § 2276 Abs. 2 BGB kann nämlich ein schreibunfähiger Stummer eine Verfügung von Todes wegen im Wege eines Erbvertrages errichten, wenn er zugleich einen Ehevertrag abschließt und dabei die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form einhält²⁸. Hieraus wird klar, daß für die gesetzliche Regelung des Ausschlusses des schreibunfähigen Stummen von der Testierfreiheit allenfalls Zweckmäßigkeitsgründe²⁹ sprechen, die unter heutigem Verfassungsrecht den Grundrechtseingriff aber nicht begründen können.

e) Aus vorstehenden verfassungsrechtlichen Erwägungen ergibt sich:

Der Ausschluß des schreibunfähigen Stummen von der Testierfreiheit ist verfassungswidrig wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG.

V. Verfassungskonforme Auslegung

1. Materiell-rechtliche Vorgaben

Eine hier einsetzende verfassungskonforme Auslegung³⁰ muß meines Erachtens am schwächsten Glied der gesetzlichen Regelungskette ansetzen.

Demnach ist, da der Stumme zwar Erklärungen abgeben kann, aber eben keine „mündlichen“ Erklärungen, er zwar von der Errichtung eines Testamentes durch mündliche Erklärung kraft materiellen Rechts ausgeschlossen. Jedoch ist er zur Errichtung durch Übergabe einer Schrift als alternativer Errichtungsform zugelassen.

Analog § 2233 Abs. 1 BGB kann er aber nur durch Übergabe einer offenen Schrift testieren, um Mißbrauch auszuschließen und die Erfüllung der gesetzlichen Formzwecke zu gewährleisten, was bei Übergabe einer verschlossenen Schrift nicht der Fall wäre³¹.

2. Beurkundungsverfahren

Im übrigen ist mit dem schreibunfähigen Stummen eine notarielle Verhandlung und Beurkundung nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften durchzuführen.

Nach §§ 24 und 25 BeurkG sind eine Vertrauensperson und ein Zeuge oder zweiter Notar zuzuziehen, wobei der Zeuge nach § 24 Abs. 3 BeurkG nicht gleichzeitig die Vertrauensperson sein kann. Die im § 31 BeurkG vorgeschriebene Anbringung eines eigenhändigen Vermerks, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte, entfällt beim schreibunfähigen Stummen. Es ist jedoch erforderlich, in die Niederschrift aufzunehmen, daß die offene Schrift übergeben wurde und der Testierende irgendwie³² erklärt hat, daß die offene Schrift seinen letzten Willen enthalte. § 30 BeurkG ist demnach zu beachten.

VI. Folgerungen für die Notariatspraxis

1. Es dürfte für den Notar, der um die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung eines schreibunfähigen Stummen ersucht wird, bei dieser Rechtslage nicht ratsam sein, die Beurkundung abzulehnen. Gemäß § 17 Abs. 2 BeurkG wird er allerdings eingehend mit den Beteiligten die ungeklärte Rechtslage und Möglichkeiten zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit³³ erörtern und entsprechende Belehrungsvermerke in die Urkunde im erforderlichen Umfang aufnehmen.

2. Ist der schreibunfähige Stumme nur zeitweise oder vorübergehend in der genannten Weise behindert, wird der Notar zweckmäßigerweise — Prinzip des sichersten Weges — dazu raten, die letztwillige Verfügung in allgemein anerkannter Form zu wiederholen, sobald die Behinderung entfallen ist.

²⁴ BT-Drucks 11/4528, S. 49, 52 f., 58, 65 ff.

²⁵ Ausführlich: Kipp-Coing, S. 125 ff.; Leopold Rdnr. 218 ff.; Von Lübtow, Erbrecht, 1971, S. 116 ff.

²⁶ Canaris, JZ 1987, 999.

²⁷ Zu § 2229 Abs. 2 BGB ebenso Canaris, JZ 1987, 993, insb. 999 ff.; hierzu Ramm JZ 1988, 489 ff. und Wieser JZ 1988, 493 f. sowie wiederum Canaris JZ 1988, 494 ff.

²⁸ Vgl. Keidel-Winkler, Vorbem. §§ 27 ff. BeurkG, Rdnr. 14. Es ist verfassungsrechtlich auch zu wenig, den Betroffenen auf „Ausnahmsweise“-Hilfen (Keidel-Winkler a. a. O.) zu verweisen oder mit anderen Mitteln (vgl. oben bei Fußn. 7 f.) zu helfen.

²⁹ Z. B. einfache Verfahrensgestaltung.

³⁰ Hierzu in analogem Zusammenhang mit vielen Nachweisen Canaris, JZ 1987, 1000.

³¹ Vgl. § 30 Satz 4 BeurkG, wonach § 17 BeurkG auch bezügl. der offen übergebenen Schrift gilt.

³² Die Erklärung bei Übergabe der Schrift, daß die Schrift den letzten Willen enthalte, muß nach § 2232 BGB gerade nicht „mündlich“ abgegeben werden; unrichtig Keidel-Winkler § 30 Rdnr. 6.

³³ Vgl. hierzu die Ausführungen von Ertl in diesem Heft, S. 196.

Gestaltung von Testamenten und anderen Rechtsgeschäften für den Todesfall von sprech- oder schreibbehinderten Personen

von Notar a.D. Rudolf Ertl, Kempten (Allgäu)

I. Schwierigkeiten mit sprech- oder schreibbehinderten Menschen

Anhand von Fällen werde ich mich mit den Überlegungen befassen, die der Notar anstellen soll, wenn er von einem Sprech- oder Schreibbehinderten um Beurkundung eines Testaments ersucht wird. Im Mittelpunkt dieser Überlegungen stehen drei Themen:

- a) die „Pflichten des Notars gegenüber Behinderten“,
- b) die „Mitwirkung des Notars bei der inhaltlichen Gestaltung von Rechtsgeschäften“ und
- c) die „Aufgaben des Notars bei der individuellen Beratung und Gestaltung im Erbrecht“¹.

Mein Beitrag knüpft an die Ausführungen von Rossak² zur verfassungsrechtlichen Problematik der Testierunfähigkeit von Personen an, die weder sprechen noch schreiben können, beschränkt sich aber nicht auf den von ihm behandelten, in der notariellen Praxis sicher seltenen Fall³. Die Fragen, wie der Notar Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Testamentes oder sonstige Gefahren und Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung mit dem Behinderten erörtern soll (§ 17 Abs. 1 und 2 BeurkG), hat Rossak nicht weiter untersucht, weil ich darauf eingehen werde.

Zu den komplizierten Rechtsfragen, die dabei auftreten, kommen Schwierigkeiten tatsächlicher Art. Denn Verhand-

lungen werden in aller Regel mündlich, ausnahmsweise schriftlich und nur notgedrungen auf andere Weise geführt. Die Verständigung mit Menschen, die in einer solchen Weise behindert sind, ist in jedem Fall schwierig und kann sich als unmöglich erweisen. Die ohnehin sensible Aufgabe der individuellen Beratung und Gestaltung im Erbrecht⁴ wird zusätzlich erschwert, wenn der Behinderte — wie häufig — ein mißtrauischer Mensch ist und es dem Notar nicht gelingt, mit ihm die für diese Aufgabe notwendige Vertrauensbasis herzustellen.

II. Pflichten des Notars gegenüber Behinderten

1. Verhandlungen des Notars mit dem Behinderten selbst

Das Ersuchen um eine Beurkundung wird häufig nicht vom Behinderten selbst, sondern von Angehörigen oder anderen Personen gestellt. Zu der vor einer Beurkundung zweckmäßigen Feststellung, ob diese dazu wirklich ermächtigt⁵ und auch in der Lage waren, den Willen und den körperlichen und geistigen Zustand des Behinderten richtig zu schildern, muß der Notar einen persönlichen Kontakt mit dem Behinderten aufnehmen. Dies ist oft recht schwierig, für den Behinderten selbst, für seine Angehörigen oder Vertragspartner, die daran teilnehmen, und auch für den Notar. Er braucht viel Geduld und ein hohes Maß von Einfühlungsvermögen. Er soll die Verhandlungen möglichst von Anfang an selbst führen, nicht unter Zeitdruck stehen und bestrebt sein, das Vertrauen des Behinderten zu gewinnen und, wenn er es besitzt, auch zu erhalten.

2. Verhandlungsfähigkeit des Behinderten

Das Beurkundungsgesetz (§§ 22 bis 33) enthält Sondervorschriften für die Beurkundung von Willenserklärungen körperlich behinderter Personen, die gleich aus welchem Grund, dauernd oder vorübergehend, „nicht hinreichend“ hören, sprechen, sehen, lesen, schreiben oder nicht eigenhändig unterschreiben können und deshalb eines besonde-

¹ Zu diesen Themen finden sich Hinweise und Anregungen in den Kommentaren und Lehrbüchern zum Erbrecht und in der Spezialliteratur, z. B.

zu a): die Kommentare zu §§ 22 ff., 27 ff. Beurkundungsgesetz,

zu b): Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung (6. Auflage 1991), Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (1989), Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren (1990),

zu c): Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag (2. Auflage 1986), Weirich, Erben und Vererben (3. Auflage 1991), im Vortrag und in den Diskussionen auf dem Deutschen Notartag 1989 zum Thema „Notarielle Rechtsgestaltung: Das Erbrecht im sozialen Wandel“ (DNotZ-Sonderheft 1989, 116 ff.).

² In diesem Heft S. 193, der offenläßt, ob es sich um eine Frage der „Testierunfähigkeit“ oder der „Testierunmöglichkeit“ handelt, dazu Rossak Fußnote 4 und 5.

³ Ein solcher Fall ist — wie mir ein Notarassessor mitgeteilt hat — vor wenigen Monaten tatsächlich vorgekommen. Es lohnt sich deshalb für jeden Notar, darüber nachzudenken, wie er sich verhalten würde, wenn er mit einem solchen Fall konfrontiert wird. Am Krankenbett muß er in der Regel schnell handeln, für Überlegungen bleibt ihm wenig Zeit.

⁴ Zavar, DNotZ-Sonderheft 1989, 116/142.

⁵ Weiß der Behinderte nicht, warum er zum Notar gehen oder der Notar zu ihm kommen soll, ist Vorsicht am Platz. Entweder leidet der Behinderte an Gedächtnisschwäche oder das Interesse an der Errichtung eines Testaments geht nicht von ihm, sondern von anderen aus (z. B. von denen, die etwas erben wollen). Zweckmäßig ist es auch, zu prüfen, ob ein Betreuer bestellt ist und welchen Aufgabenkreis er hat (dazu unter Fußn. 90).

ren Schutzes bedürfen⁶. Gelangt der Notar zur Überzeugung, daß beim Beurkundungsvorgang eine solche Behinderung vorliegt, dann hat er die dafür geltenden Beurkundungsvorschriften auch gegen den Willen des Behinderten zu beachten⁷. Erklärt ein Beteiligter, in einer solchen Weise behindert zu sein, so hat sich der Notar daran zu halten, auch wenn er von der Richtigkeit dieser Erklärung nicht überzeugt ist. Wer sich selbst in seiner Möglichkeit einschränken will, ein Rechtsgeschäft beurkunden zu lassen, wird daran nach dem Gesetz nicht gehindert⁸. Ob auch eine geistige Behinderung vorliegt und welche Auswirkungen sie auf die Geschäftsfähigkeit hat, ist vom Notar zu prüfen. In der Niederschrift soll er seine Wahrnehmungen darüber bei Verfügungen von Todes wegen stets (§ 28 BeurkG), bei Geschäften unter Lebenden bei Zweifeln (§ 11 Abs. 1 BeurkG) oder schwerer Erkrankung (§ 11 Abs. 2 BeurkG) vermerken⁹. Die Behinderung kann je nach ihrem Ausmaß dazu führen, daß nur die mündliche, nur die schriftliche oder auch jede sonstige Art der Verständigung zwischen dem Behinderten und dem Notar ausgeschlossen ist¹⁰.

3. Maßnahmen zur Verständigung mit dem Behinderten

Die Verhandlungen werden wesentlich vereinfacht, wenn der Notar sie mit einem Bevollmächtigten führt, der für den Behinderten in rechtlich verbindlicher Weise handeln kann. Dies ist nicht möglich, wenn, wie bei Verfügungen von Todes wegen, eine Stellvertretung gesetzlich nicht zulässig ist¹¹, und nicht ratsam, wenn der Behinderte selbst mit dem Notar verhandeln will. Es ist aber gestattet, Verhandlungen mit einem Mittelsmann zu führen oder sonstige Hilfsmittel zu verwenden, z. B. Vertragsentwürfe, schriftliche Aufzeichnungen, die nicht vom Behinderten gefertigt sein müssen. Auf welche Weise der Notar seiner Pflicht zur Willensforschung und Sachverhaltsklärung nachkommt, ist ihm auch bei der Beurkundung von Geschäften, bei denen eine Stellvertretung ausgeschlossen ist, vom Gesetz freigestellt¹². Gespräche hinter dem Rücken eines Behinderten soll der Notar vermeiden. Erfährt der Behinderte davon, wird er mißtrauisch.

4. Verständigung mit Hilfe einer Vertrauensperson

§ 24 Abs. 1 BeurkG regelt den besonderen Fall, daß mit einem Stummen (oder Tauben) eine schriftliche Verständigung nicht möglich und in der Niederschrift eine Feststellung darüber getroffen ist. Zu einer solchen Beurkundung muß eine Vertrauensperson zugezogen werden, die sich mit dem Behinderten verständigen kann¹³. Dafür kommen auch nahe Angehörige und sogar sonstige Urkundsbeteiligte (§ 6

Abs. 2 BeurkG) in Betracht¹⁴. Einschränkungen bestehen nur insoweit, als man der Vertrauensperson durch die beurkundeten Willenserklärungen keinen rechtlichen Vorteil verschaffen (§ 24 Abs. 2 BeurkG)¹⁵ und als Zeuge, Schreiber, zweiter Notar und Urkundsnotar nicht zugleich die Funktion der Vertrauensperson ausüben kann¹⁶.

III. Überlegungen des Notars zur Frage: „Testament oder anderes Rechtsgeschäft für den Todesfall?“

1. Besonderheiten des Beurkundungsrechts für Behinderte

Bei seinen Überlegungen hat der Notar zu berücksichtigen, daß das Gesetz für die Beurkundung von Willenserklärungen behinderter Menschen zwei Gruppen von Vorschriften enthält. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 22 bis 26 BeurkG gelten für Willenserklärungen aller Art, die Sondervorschriften der §§ 27 bis 33 BeurkG nur für Verfügungen von Todes wegen¹⁷. Die unterschiedlichen Auswirkungen sind bei der Gestaltung des Inhalts der Urkunde zu beachten. Die in der Praxis auch sonst auftretende Frage, ob der Notar die Errichtung eines Testaments oder den Abschluß eines anderen Rechtsgeschäfts empfehlen soll, bedarf besonders eingehender Überlegungen, wenn ein Behinderter Regelungen für die Zeit nach seinem Tod treffen will, aber möglicherweise nicht in der Form eines Testaments oder Erbvertrags treffen kann.

2. Willensforschung

Das Ersuchen um Beurkundung eines „Testaments“ darf in aller Regel nicht streng juristisch aufgefaßt werden. Ein Laie kennt kaum die Unterschiede zwischen Testament und Erbvertrag¹⁸, zwischen Erbvertrag und Erbverzicht¹⁹, zwischen Verfügung von Todes wegen und Vertrag unter Lebenden²⁰, zwischen Schenkungsversprechen von Todes wegen und vollzogener Schenkung unter Lebenden²¹. Er denkt wohl nicht von sich aus daran, daß man bei entsprechender Gestaltung mit einem schuldrechtlichen Vertrag Regelungen für die Zeit nach seinem Tod treffen²², mit einem Erb-, Pflichtteils- oder Zuwendungsverzicht²³, ja sogar mit einem Ehevertrag²⁴ die nach dem Tod eintretende Rechtslage verändern und eine unerwünschte vertragliche Bindung durch Abänderungs- oder Rücktrittsvorbehalte (§§ 346 ff., 2271, 2293 ff. BGB), Bedingungen (§ 158 BGB) oder Zeitbestimmungen (§ 163 BGB) einschränken kann²⁵.

¹⁴ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 11.

¹⁵ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 11.

¹⁶ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 12.

¹⁷ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG Vorbem. 12 ff. zu § 27 (vor allem die Tabelle Vorbem. 15 zu § 27 zur Schnellorientierung).

¹⁸ Dittmann/Reimann/Bengel Abschn. A Rdnr. 4; Mayer DNotZ 1990, 755; ferner unten Fußn. 25).

¹⁹ Vgl. §§ 2274 ff., 2346 ff. BGB; Staudinger/Ferid/Cieslar Einl. 43 ff. zu § 2346 BGB.

²⁰ Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts (3. Aufl., 1989, § 1 VI 3); Kipp/Coing, Erbrecht (14. Aufl., 1989), §§ 81, 82, 83; Staudinger Kanzleier, BGB, Vorbem. 5 ff., 18 zu § 2274.

²¹ Vgl. §§ 2301 Abs. 1 und 2 BGB; Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, § 2301 Rdnr. 3 ff., 18 ff.

²² Vgl. §§ 312, 328 ff. BGB und Fall 5; Lange/Kuchinke, § 1 VI 3, 4; Staudinger/Kanzleier, BGB, Vorbem. 6, 13, 15, 18 zu § 2274. Dazu auch unten Fußn. 93.

²³ Vgl. §§ 2346 ff. BGB; Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, Einl. 4, 16, 18, 33, 35, 39, 70 zu § 2346.

²⁴ Dittmann/Reimann/Bengel, Abschn. D Rdnr. 1 ff.

²⁵ Aber nicht völlig ausschließen kann. Dazu Staudinger/Kanzleier, BGB, Vorbem. 9 zu § 2274; Mayer DNotZ 1990, 755; ferner das Podiumsgespräch auf dem Deutschen Notartag 1989 (DNotZ-Sonderheft 1989, S. 137, 150 ff., 156, 157, 159).

⁶ Keldel/Kuntze/Winkler, FGG Teil B (12. Aufl., 1986) BeurkG § 22 Rdnr. 3 ff.; MünchKomm/Burkart (2. Aufl., 1989) BeurkG § 29 Rdnrn. 1, 4.

⁷ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG 22 Rdnr. 12; § 24 Rdnr. 5; § 25 Rdnr. 7 je m. w. N.

⁸ Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2233 Rdnr. 13.

⁹ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 11 Rdnrn. 1, 7, 8, 10, 12; § 28 Rdnr. 1. Bei körperlich Behinderten, mit denen eine Verständigung schwierig ist, empfiehlt sich in der Regel ein solcher Vermerk auch in der Urkunde über ein Geschäft unter Lebenden.

¹⁰ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 3 ff.

¹¹ Vgl. BGB §§ 2064, 2229 Abs. 2, 2247 Abs. 1, 2256 Abs. 2, 2272, 2274, 2296 Abs. 1; zum Erbverzicht § 2347 Abs. 2 BGB (dazu auch Fußn. 90).

¹² Reithmann/Röll/Gebele Rdnrn. 3, 9, 73; Staudinger/Firsching (12. Aufl., 1983) BeurkG § 22 Rdnr. 23.

¹³ Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 8; Staudinger/Firsching, BeurkG § 24 Rdnr. 10.

3. Zur Frage: „Amtsverweigerung oder Beurkundung?“

Vor dieser wichtigen Frage steht der Notar schon am Anfang seiner Bemühungen, sich über die Verhandlungsfähigkeit des Behinderten zu vergewissern. Diese Frage stellt sich häufig im Laufe der Verhandlung immer wieder. Niemand kann dem Notar diese Entscheidung und die mit ihr verbundene Verantwortung abnehmen.

Ein Grund, der für die Amtsverweigerung²⁶ spricht, kann darin gesehen werden, daß ein Stummer, der nicht schreiben²⁷ oder die von ihm dem Notar als letztwillige Verfügung übergebene Schrift nicht lesen kann²⁸, für „faktisch testierunfähig“²⁹ gehalten wird. Dies gilt — jedenfalls nach der bisherigen Meinung — selbst dann, wenn er in der Lage war, sich mit dem Notar oder einer zugezogenen Vertrauensperson auf andere Weise zu verständigen, die ihm vorgelesene notarielle Niederschrift zu genehmigen (§ 13 Abs. 1 BeurkG), trotz sonstiger Schreibunfähigkeit die Urkunde zu unterschreiben (§ 25 BeurkG) oder in rechtlich wirksamer Weise ein anderes Rechtsgeschäft für den Fall seines Todes vorzunehmen und beurkunden zu lassen, das von der Sondervorschrift des § 31 BeurkG nicht erfaßt wird.

Die von Rossak³⁰ gegen die Auffassung von der faktischen Testierunfähigkeit aller schreibunfähigen Stummen vorgebrachten Argumente sind eingehender Diskussionen wert und erscheinen mir überzeugend. Sie gelten jedenfalls zum Teil auch für den anders gelagerten, von Rossak nicht behandelten Fall, daß der Stumme die seinen letzten Willen enthaltende Schrift nicht lesen kann³¹. Bis zur Klärung durch den Gesetzgeber oder durch das Bundesverfassungsgericht muß man allerdings damit rechnen, daß ein Nachlaßgericht im Erbscheinsverfahren oder ein Prozeßgericht im Streitfall ein solches Testament für unwirksam hält.

Trotzdem ist es nicht ausgeschlossen, daß einem solchen Testament eines Tages durch die Rechtsprechung oder Gesetzgebung zum Erfolg verholfen wird.³² Ob sich die Hinterbliebenen aus moralischen Erwägungen oder mit Rücksicht auf die verwandtschaftlichen oder persönlichen Beziehungen zum Verstorbenen an ein nichtiges Testament halten, wenn der letzte Wille in einer notariellen Urkunde festgehalten worden ist, wird sich erst nach dem Erbfall zeigen. Man darf sich zwar nicht darauf verlassen, aber doch auch an diese Möglichkeit denken. Der Notar sollte einerseits die Beurkundung nicht rundweg ablehnen, wenn er meint, einen ausreichenden Grund zu haben (§§ 15 Abs. 1 S. 1 BNotO; 4 BeurkG)³³. Er darf andererseits nicht be-

denkenlos alles beurkunden, was die Beteiligten wollen oder für richtig halten³⁴.

4. Gestaltung des Inhalts der Urkunde durch den Notar

Die Aufgabe des Notars zur Mitwirkung an der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, über die er eine Urkunde errichten soll, ist — mit Recht — in neuerer Zeit in den Vordergrund der Überlegungen über die Amtspflichten des Notars gerückt worden³⁵.

a) Der pflichtgemäße Hinweis des Notars auf die ungeklärte Rechtslage und auf die rechtlichen Bedenken gegen die Beurkundung eines Testaments kann bereits bei der Verhandlung zu der naheliegenden Frage führen, ob es einen anderen rechtlich sicheren Weg gibt. Der Notar hat dann die Pflicht, in Betracht kommende Lösungsmöglichkeiten zu überlegen, vorzuschlagen und zu erörtern³⁶.

b) Die Frage, ob es im konkreten Fall anstelle eines Testaments (oder Erbvertrags) einen anderen, dem Willen des Behinderten entsprechenden oder jedenfalls nahekommenen Weg gegeben hätte, kann nämlich auch nach der Beurkundung noch zu Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tod von den letztwillig bedachten Personen gestellt werden, denen gegenüber der Notar Amtspflichten hat oder jedenfalls haben kann³⁷. Denn seine Belehrungs- und Betreuungspflicht kann die Verpflichtung umfassen, dem Erblasser Wege zu einer möglichst sicheren Verwirklichung des von ihm angestrebten Rechtserfolges aufzuzeigen, der den von ihm bedachten Personen zugute kommt.

c) Diese Pflicht hat Grenzen³⁸. Der Notar braucht nicht von sich aus denkbare sichere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten vorschlagen, wenn sie im Widerspruch zum Willen des Erblassers stehen und daher im konkreten Fall nicht durchführbar sind³⁹. Ergibt sich aus der Verhandlung, daß der Erblasser die Gefahr der Nichtigkeit eines Testaments kennt und sich trotzdem das jederzeitige uneingeschränkte Recht zur Aufhebung und Abänderung seiner letztwilligen Verfügungen vorbehalten will, dann hat der Notar diese Entscheidung des Behinderten zu respektieren⁴⁰. In einem solchen Fall kommt nur ein Testament in Betracht⁴¹.

5. Sicherheitsvorkehrungen des Notars

Um späteren Streitigkeiten oder Zweifeln an der Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts vorzubeugen, wird der Notar nicht nur — was selbstverständlich ist — seinen Amtspflichten nachkommen, sondern auch sonstige Vorkehrungen treffen, die bei realistischer Betrachtungsweise auch seinem eigenen Schutz gegen spätere Vorwürfe und Haftungsgefahren dienen⁴². Stets empfehlenswert ist die

²⁶ Vgl. § 4 BeurkG, § 15 Abs. 1 BNotO; Keldel/Kuntze/Winkler, § 4 Rdnrn. 7, 8, 24 ff.; Dittmann/Reimann/Bengel, BeurkG, § 4 Rdnr. 18 ff.

²⁷ Vgl. §§ 2233 Abs. 3 BGB; 31 BeurkG; Nachweise bei Rossak in diesem Heft S. 193; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, Vorbem. 13 zu § 27.

²⁸ Vgl. §§ 2233 Abs. 2 BGB; dazu Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 31 Rdnr. 4; Staudinger/Firsching, BGB § 2233 Rdnrn. 5, 10; BeurkG § 30 Rdnr. 6.

²⁹ Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, Vorbem. 13 zu § 27; Dittmann/Reimann/Bengel, BGB, § 2229 Rdnrn. 54, 55, 56 verwenden dafür den Begriff „Testierunmöglichkeit“.

³⁰ Vgl. Fußn. 2.

³¹ Dazu Fall 4 und 10.

³² Nach Lange/Kuchinke (§ 32 III 3; § 34 II 2) ist es nicht ausgeschlossen, daß ein späteres Gesetz mindere Formanforderungen stellt und auch auf zuvor errichtete Verfügungen von Todes wegen angewandt werden kann. Dazu auch unten V 6 und Fußn. 92.

³³ Oben Fußn. 26; vor allem bei einem Ersuchen um Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen wäre dies sehr bedenklich (Dittmann/Reimann/Bengel, BeurkG § 4 Rdnr. 11; Lange/Kuchinke § 18 III 3 b).

³⁴ Dittmann/Reimann/Bengel, BeurkG § 4 Rdnr. 18 ff.

³⁵ Reithmann/Röll/Gebele Rdnrn. 13; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege S. 157 ff. Dieses Thema war auch Gegenstand von Vorträgen und Diskussionsbeiträgen auf Deutschen Notartagen z. B. 1969 (Flume und Schollen; DNotZ-Sonderheft 1969, 30 und 51), 1985 (Brambring und Jerschke; DNotZ-Sonderheft 1985, 23 und 84), 1989 (Zawar und Rolland; DNotZ-Sonderheft 1989, 116 und 144).

³⁶ BGHZ 58, 343/348 = DNotZ 1973, 240; Reithmann/Röll/Gessele Rdnr. 35 ff., 135 ff., 175 ff.

³⁷ BGH DNotZ 1960, 260/263; 1987, 157/160; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege S. 148 ff.; Reithmann/Röll/Gessele, Rdnrn. 183, 184, 189.

³⁸ Dazu ausführlich Merz in Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat (1987) S. 187/189 ff.

³⁹ BGH DNotZ 1987, 157/159.

⁴⁰ Keim, Teil C Rdnr. 30.

⁴¹ dazu Mayer, DNotZ 1990, 755.

⁴² Keim, Teil B Rdnr. 71 Fn. 49.

Zuziehung eines zweiten Notars oder eines Zeugen⁴³, Sorgfalt bei der Auswahl der Zeugen und der Vertrauensperson⁴⁴ und die Einholung eines schriftlichen Berichts des Hausarztes oder behandelnden Arztes über die von ihm festgestellten körperlichen und geistigen Behinderungen⁴⁵. Vorsichtsmaßnahmen besonderer Art können darin bestehen, daß der Notar auch nicht vorlesungspflichtige Anlagen selbst vorliest⁴⁶, seine Überlegungen zur Urkundengestaltung dem Behinderten mitteilt, seine Fragen und die Antworten des Behinderten schriftlich festhält und sie dem Behinderten zusammen mit der Niederschrift zum Durchlesen vorlegt⁴⁷, entsprechende Feststellungen in der Niederschrift macht⁴⁸ und einen ausführlichen Aktenvermerk anfertigt oder von einem seiner Mitarbeiter, der bei der ganzen Verhandlung anwesend ist, erstellen läßt⁴⁹. Soweit dies mit dem Willen der Beteiligten in Einklang steht, ist zu überlegen, ob Personen, die durch das beurkundete Geschäft betroffen oder begünstigt werden (z. B. gesetzliche oder testamentarische Erben, Vermächtnisnehmer), als Vertragspartner an den Vereinbarungen des Behinderten beteiligt oder wenigstens zur Beurkundung zugezogen werden sollen.

6. Beurkundungen gegen geschriebenes Recht

Sieht der Notar seine Aufgabe darin, trotz eines ausreichenden Grundes von seinem Amtsverweigerungsrecht⁵⁰ keinen Gebrauch zu machen und stattdessen einem Behinderten im Rahmen des Möglichen gegen das geschriebene Recht und gegen die Rechtsprechung zur Beurkundung einer erbrechtlichen Regelung zu verhelfen, die ohne seine Mitwirkung nicht möglich wäre, dann muß er sich darüber klar sein, welche Gefahren und Unannehmlichkeiten auf ihn zukommen können⁵¹. Erfahrungsgemäß versuchen die in einer solchen Weise letztwillig Bedachten sich an den Notar zu halten, wenn — was der Notar nicht verhindern kann — das beurkundete Geschäft nach Eintritt des Erbfalls von einem Gericht für nichtig erklärt wird. Ein solcher Vorgang schreit förmlich nach einer umfassenden Belehrung und nach der Ausschöpfung aller Sicherheitsvorkehrungen durch den Notar⁵². Der Behinderte muß wissen, daß er allein — nicht der Notar — das Nichtigkeitsrisiko trägt, wenn er auf der Beurkundung besteht⁵³ und nicht unverzüglich nach Wegfall der Behinderung die Beurkundung in der nach geltendem Recht in wirksamer Weise und Form wiederholen

läßt⁵⁴. Dies allein genügt nicht. Der Notar soll dafür sorgen, daß der Verhandlungs-, Beurkundungs- und Belehrungsvorgang im Bedarfsfall nachweisbar rekonstruiert werden kann. Der Urkundenbeweis ist sicherer als der Zeugenbeweis, weil Zeugen sich oft schon sehr rasch nicht mehr an das mit Sicherheit erinnern können, worüber sie aussagen sollen. Der Urkundenbeweis nützt nur, wenn das Schriftstück im Ernstfall zur Verfügung steht. Bei der Frage, ob der Behinderte den Inhalt der Urkunde und die bei der Beurkundung geführten Gespräche und Belehrungen des Notars wirklich verstanden hat, kommt es im Streitfall häufig nicht allein auf die Meinung des Notars an. Wichtig ist es deshalb, entweder in der Urkunde oder in einem Schriftstück möglichst im Anschluß an die Beurkundung die Wahrnehmungen von zuverlässigen, erfahrenen und unparteiischen Personen festzuhalten⁵⁵. Oft genügt die bloße Existenz solcher Unterlagen, um die Gelüste nach einer „Verdoppelung des Nachlasses“ auf dem Weg über die Notarhaftung im Keim zu ersticken.

IV. Überlegungen zur Gestaltung des Urkundeninhalts

Mit Hilfe der folgenden Beispiele soll verdeutlicht werden, welche Überlegungen der Notar im Einzelfall anstellen und welche Gestaltungsmöglichkeiten er mit dem Behinderten erörtern soll.

Alle hier besprochenen Fälle gehen davon aus, daß an den Notar das Ersuchen⁵⁶ um Beurkundung des Testaments eines Sprech- und/oder Schreibbehinderten gerichtet worden ist, der sich mit dem Notar selbst oder mit einer von ihm zugezogenen Vertrauensperson verständigen kann und nach Wahrnehmung und Überzeugung des Notars und der zur Beurkundung zugezogenen Personen (§§ 22,24,25 BeurkG) die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt.⁵⁷

Fall 1

Verständigungsschwierigkeiten wegen einer Sprechbehinderung.

Herr A, der schreiben kann, aber so stark am Sprechen behindert ist, daß der Notar ihn nicht versteht, will ein Testament beurkunden lassen. Der Notar erklärt ihm, daß er alle Fragen deshalb schriftlich beantworten muß⁵⁸. Herr A, dem dies möglich, aber zu lästig ist, schreibt auf einen Zettel seine Frage: „Kann ich auch auf andere Weise ein Testament errichten?“

Antwort des Notars:

Wer schreiben und lesen kann, ist nicht auf die Mitwirkung eines Notars angewiesen. Er kann ein Testament entweder durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung ohne Notar (§ 2247 BGB) oder durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift an den Notar (§§ 2232 BGB; 30 BeurkG) errichten und zwischen diesen Formen

⁴³ Auch wenn nach dem Gesetz (§ 22 Abs. 1 BeurkG) von der Zuziehung abgesehen werden könnte, aber nicht gegen den Willen der Beteiligten (dazu Dittmann/Reimann/Bengel, BeurkG § 22 Rdnrn. 12, 14).

⁴⁴ Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 22 Rdnr. 15; § 24 Rdnrn. 9, 12.

⁴⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 11 Rdnrn. 7, 8, 12; § 28 Rdnrn. 5, 6.

⁴⁶ Z. B. die übergebene offene Schrift (dazu §§ 2232 BGB; 30 BeurkG; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 30 Rdnr. 11).

⁴⁷ Dazu OLG Hamm DNotZ 1989, 584 m. Anm. Burkart.

⁴⁸ Vgl. §§ 13 Abs. 1; 17 Abs. 2 BeurkG.

⁴⁹ Kelm, Teil G Rdnr. 157.

⁵⁰ Oben Fußn. 26.

⁵¹ Zu beachten ist der Ausschluß des Versicherungsschutzes in Verträgen über Berufshaftpflicht und in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden, insbesondere § 4 Nr. 5: „Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf die Haftpflichtansprüche wegen Schadensstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift ... oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“ (abgedruckt im Handbuch für das Notariat Nr. 90).

⁵² Keim, Teil G Rdnr. 103.

⁵³ Dazu § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG.

⁵⁴ Dazu der Formulierungsvorschlag bei Rossak (in diesem Heft S. 193), der im übrigen (je nach den Umständen) im Einzelfall ausführlicher sein kann oder soll.

⁵⁵ Keim, Teil G Rdnr. 157.

⁵⁶ Erste Voraussetzung einer Beurkundung ist ein entsprechendes „Ersuchen“ (Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG Einl. Rdnr. 29; § 1 Rdnrn. 11, 28), das bei Verfügungen von Todes wegen vom Erblasser persönlich gestellt werden muß.

⁵⁷ Zum Fall der Bestellung eines Betreuers unten Fußn. 90.

⁵⁸ Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 24 Rdnr. 3.

des privaten und öffentlichen Testaments wählen (§ 2231 BGB)⁵⁹. Dies gilt auch für Menschen, die stumm oder sprechbehindert sind (§§ 2233 Abs. 3 BGB; 31 BeurkG)⁶⁰.

Fall 2

Testament eines Schreibunfähigen, der unterschreiben kann.

Herr B bittet den Rechtsanwalt, der ihn auch sonst in allen wichtigen Angelegenheiten berät, sein Testament unterschriftsfertig vorzubereiten, weil er zur Zeit wegen einer Verletzung an der Hand nur unterschreiben, aber nicht schreiben kann.

Auskunft des Rechtsanwalts:

a) Wer mit seinem Namen unterschreiben, aber sonst nicht schreiben und deshalb kein privatschriftliches Testament errichten kann (§ 2247 Abs. 1 BGB), muß sich zur Beurkundung seines Testaments an einen Notar wenden (§ 2231 BGB). Er kann zwischen den verschiedenen Formen des öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift wählen (§§ 2232 BGB; 30 BeurkG) und dabei den in der Anwaltskanzlei vorbereiteten Testamentsentwurf verwenden. Der Erblasser muß weder die dem Notar übergebene Schrift (§ 2232 S. 2 BGB) noch die zur Testamentserrichtung erforderliche Erklärung, daß diese Schrift seinen letzten Willen enthält (§ 2232 S. 1 BGB), eigenhändig schreiben, wenn er diese Erklärung gegenüber dem Notar mündlich abgibt⁶¹.

b) Anders ist dies bei einem gemeinschaftlichen Testament, das von beiden Ehegatten privatschriftlich errichtet wird (§ 2265 BGB). Denn dazu genügt es, wenn die Ehefrau des B das Testament eigenhändig schreibt und unterschreibt (§ 2247 Abs. 1 BGB) und Herr B die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterschreibt (§ 2267 S. 1 BGB)⁶².

Fall 3

Einer von beiden Ehegatten kann weder sprechen noch schreiben.

Frau C bittet um Auskunft über die Erbfolge im Falle des Todes ihres Mannes, der einen Schlaganfall erlitten hat, und sagt dann zum Notar: Kommen Sie sofort in das Krankenhaus, in dem mein Mann liegt. Unser Haus und alles, was wir haben, gehört uns miteinander. Wir waren immer der Meinung, daß der eine den anderen allein beerbt, weil wir keine Kinder haben. Wenn mein Mann erfährt, daß dies nicht stimmt, wird er sofort mit mir ein Testament machen wollen, damit sonst niemand etwas erhält. Er kann zur Zeit nicht sprechen und nicht einmal seinen Namen schreiben. Aber er versteht alles und weiß, was er will.

Vorschlag des Notars:

Abschluß eines Ehe- und Erbvertrages mit Vereinbarung der Gütergemeinschaft und gegenseitiger Erbeinsetzung. Für die Form eines solchen Vertrages genügt die Einhaltung der für einen Ehevertrag geltenden Vorschriften (§ 2276 Abs. 2

BGB; §§ 22, 24, 25 BeurkG). Die Sondervorschriften für Verfügungen von Todes wegen (auch § 31 BeurkG) brauchen nicht eingehalten werden⁶³.

Fall 4

Einer von beiden Ehegatten kann weder sprechen noch lesen.

Wie Fall 3, nur mit dem Unterschied, daß Herr D schreiben und unterschreiben, aber zur Zeit wegen eines Schlaganfalls nicht sprechen und Geschriebenes nicht lesen kann.

Vorschlag des Notars:

a) Abschluß eines Ehe- und Erbvertrages in notariell beurkundeter Form (wie im Fall 3)⁶⁴.

b) Bei Errichtung eines gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testaments durch beide Ehegatten (wie im Fall 2) wäre jedenfalls die letztwillige Verfügung des Herrn D nicht wirksam, weil er das von ihm unterschriebene Schriftstück nicht lesen kann (§ 2247 Abs. 4 BGB)⁶⁵.

Fall 5

Rechtsgeschäft unter Lebenden mit einem schreibunfähigen Stummen.

Die Tochter der Frau E ersucht den Notar um Beurkundung eines Testaments ihrer Mutter, die in der Pflegestation eines Altenheimes liegt, weder sprechen noch schreiben und sich nur mit Personen verständigen kann, die mit ihr vertraut sind. Die Tochter versichert dem Notar, daß sie den Willen ihrer Mutter in allen Einzelheiten kennt. Denn sie wohnt seit dem frühen Tod ihres Vaters bei der Mutter und hat sie bisher versorgt und gepflegt und ihre Angelegenheiten aufgrund einer notariellen Generalvollmacht erledigt.

Im Altenheim sagt die Tochter in Gegenwart der Mutter, die aufmerksam zuhört, zum Notar: „Mein einziger Bruder und ich sollen die Erben der Mutter werden. Ich soll außerdem das Wohnungsrecht im Haus der Mutter und eine Entschädigung für die Pflege und sonstigen Tätigkeiten erhalten.“

a) Überlegungen des Notars:

Auch wenn die Tochter den letzten Willen ihrer Mutter kennt und richtig wiedergibt, ist es notwendig, daß der Notar sich zuerst selbst vergewissert, ob Frau E die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt und ob ihr Wille mit den von der Tochter abgegebenen Erklärungen übereinstimmt. Die Tochter kann zwar als Bevollmächtigte ihrer Mutter, aber nicht als Vertrauensperson tätig werden, weil ihr ein rechtlicher Vorteil verschafft werden soll (§ 24 Abs. 2 BeurkG)⁶⁶.

b) Vorschlag des Notars:

Abschluß eines notariell beurkundeten Vertrages zwischen der Mutter und Tochter über die Bestellung des Wohnungsrechts und über die Entschädigungsregelung unter Beachtung der §§ 22, 24, 25 BeurkG. Da es bei der gesetzlichen Erbfolge verbleiben kann (Sohn und Tochter sollen je zur Hälfte erben), ist keine letztwillige Verfügung erforderlich und § 31 BeurkG bei der Beurkundung nicht zu beachten.

⁵⁹ Staudinger/Firsching, BGB, § 2231 Rdnrn. 6, 10; § 2232 Rdnrn. 12, 28. Dabei ist zu bedenken, daß nach den Feststellungen der Deutschen Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften in Kiel nur drei Prozent der Deutschen ein juristisch einwandfreies Testament hinterlassen.

⁶⁰ Einschränkungen macht das Gesetz für Minderjährige (§§ 2233 Abs. 1; 2247 Abs. 4 BGB). Dazu auch unten Fußn. 90 (c).

⁶¹ Staudinger/Firsching, BGB § 2232 Rdnr. 21; § 2247 Rdnr. 15.

⁶² Staudinger/Firsching, BGB § 2267 Rdnr. 17.

⁶³ Staudinger/Firsching, BGB § 2233 Rdnr. 5 ff., 10; 2276 Rdnr. 7 ff., 12; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG Vorbem. 14 zu § 27; Lange/Kuchinke (§ 23 III 2) meint — wie man sieht — zu Unrecht, die Formerleichterung des § 2276 Abs. 2 BGB sei ohne praktische Bedeutung.

⁶⁴ Oben Fußn. 63.

⁶⁵ Staudinger/Firsching, BGB § 2247 Rdnrn. 16, 94; Staudinger/Kanzleiter, BGB § 2267 Rdnr. 6. Dazu auch Fall 10.

⁶⁶ Dazu Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 7 Rdnrn. 1, 3, 12; § 24 Rdnr. 11.

c) Alternativvorschlag des Notars:

Wenn die Generalvollmacht die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthält, kann die Tochter allein diesen Vertrag für sich und zugleich für ihre Mutter abschließen. §§ 22, 24, 25 BeurkG gelten für diese Beurkundung nicht⁶⁷. In diesem Fall ist es zwar nicht notwendig, aber doch zur Vermeidung von späteren Zweifeln und Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Geschäfts empfehlenswert, die Zustimmung der Mutter unter Beachtung der §§ 22, 24, 25 BeurkG beurkunden zu lassen.

Fall 6

Erbverzicht gegenüber einem schreibunfähigen Stummen.

Wie Fall 5, aber mit dem Unterschied, daß die Tochter der Frau E dem Notar ein Blatt vorlegt, auf dem sie folgenden letzten Willen ihrer Mutter aufgeschrieben hat: „Meine Tochter wird meine Alleinerbin, mein Sohn mit der Hälfte meines Vermögens in Geld abgefunden.“

Vorschlag des Notars:

a) Vertrag zwischen Mutter und Sohn, in dem der Sohn (für sich und seine Abkömmlinge; § 2349 BGB) gegenüber der Mutter auf seinen gesetzlichen Erb- und Pflichtteil verzichtet (§ 2346 BGB) und dafür eine Geldentschädigung erhält⁶⁸. Der Verzicht kann von der Bezahlung dieser Entschädigung abhängig gemacht werden⁶⁹. Er ist ein Vertrag unter Lebenden, keine Verfügung von Todes wegen. Deshalb gilt § 31 BeurkG nicht⁷⁰. In diesem Vertrag kann sich die Tochter zur Bezahlung der Geldentschädigung an ihren Bruder verpflichten, entweder neben oder anstelle der Mutter. Bei diesem Verzichtsvertrag kann die Mutter (trotz der notariellen Generalvollmacht) nicht von ihrer Tochter vertreten werden (§ 2247 Abs. 2 BGB)⁷¹. Deshalb sind die §§ 22, 24, 25 BeurkG zu beachten.

b) Die Tochter kann an diesem Vertrag nicht als Vertrauensperson mitwirken (§ 24 Abs. 2 BeurkG), weil durch den Verzicht ihres Bruders ihr späteres gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht gegenüber dem Nachlaß der Mutter erweitert wird⁷².

Fall 7

Abfindung eines gesetzlichen Erben durch ein Grundstück

Wie Fall 5 und 6, aber mit dem Unterschied, daß das von der Tochter dem Notar vorgelegte Schriftstück folgenden Inhalt hat: „Meine Tochter soll meine Alleinerbin werden. Nach meinem Tod erhält sie mein Wohnhaus, mein Sohn den daneben liegenden Bauplatz.“

⁶⁷ Weil der Beteteiligte, der Erklärungen abgibt (hier die Tochter), nicht behindert ist: (Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 6 Rdnr. 5; § 22 Rdnr. 3).

⁶⁸ Bei Abhängigkeit des Verzichts von der Entschädigungsregelung ist der gesamte Vertrag beurkundungspflichtig (Damrau NJW 1984, 1163). Dazu auch unten Fußn. 90 (a).

⁶⁹ Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, Einl. 33, 79 ff. zu § 2346; Palandt/Edenhofer, BGB, Vorbem. 3 vor § 2346. In diesem Fall ist wegen der unklaren Formulierung zu klären, ob sich die Abfindung nach dem Vermögenswert der Mutter bei Beurkundung des Verzichts oder bei ihrem Tod richtet und wann die Abfindung bezahlt werden muß. Gerade bei alten und behinderten Menschen ist zu bedenken, daß die Heimunterbringung teuer ist und daß dazu häufig ein mehr oder weniger großer Teil des Vermögens aufgewendet werden muß, der in der Regel bis zum Tod zur Verfügung stehen soll.

⁷⁰ Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, Einl. 43, 44 zu § 2346; Palandt/Edenhofer, BGB, Vorbem. 2 vor § 2346.

⁷¹ Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB § 2347 Rdnrn. 1, 5, 11.

⁷² BGH DNotZ 1960, 260/263.

Vorschlag des Notars:

Erb- und Pflichtteilsverzicht des Sohnes gegenüber der Mutter (wie im Fall 6), die sich verpflichtet, ihrem Sohn zu einem Zeitpunkt, den sie selbst frei bestimmen kann, spätestens aber nach ihrem Tod, das Eigentum an dem Bauplatz zu übertragen⁷³. Der Verzicht kann von der Übereignung des Bauplatzes abhängig gemacht werden⁷⁴.

Fall 8

Aufhebung und Abänderung von Geldvermächtnissen durch einen schreibunfähigen Stummen

Wie Fall 5, aber mit folgendem Unterschied:

Frau F hat vor Jahren, als sie noch gesund war, ein notarielles Testament und später ein als „Nachtrag“ bezeichnetes Testament errichtet. Die Tochter der Frau F legt dem Notar beglaubigte Abschriften dieser beiden Urkunden und ein Blatt vor, in dem sie aufgeschrieben hat, was die Mutter jetzt regeln will: „Mein Testament, wonach meine Tochter meine Alleinerbin wird und mein Sohn den Bauplatz erhält, bleibt bestehen. Mein Nachtragstestament, in dem ich für Verwandte und Freunde Geldvermächtnisse angeordnet habe, will ich aufheben. Wenn ich damals gewußt hätte, daß die Krankheits- und Pflegekosten so hoch werden, hätte ich dieses Testament nicht gemacht. Ich hoffe, daß ich die für mein Patenkind und für meine Jugendfreundin in diesem Nachtrag vorgesehenen Beträge nicht kürzen oder streichen muß. Meine Tochter braucht sie jedenfalls nur auszahlen, wenn das Geld dazu ausreicht.“

a) Überlegungen des Notars:

Das Testament und das Nachtragstestament sind zwei voneinander unabhängige Testamente (§ 2258 Abs. 1 BGB), die getrennt beim Nachlaßgericht verwahrt werden (§§ 2258 a, 2258 b BGB; 34 BeurkG). Zu dem Testament, das bestehen bleibt, sind keine Erklärungen erforderlich.

b) Vorschlag des Notars für das Nachtragstestament:

Frau F kann vom Nachlaßgericht die Rückgabe ihres Nachtragstestaments verlangen (§ 2256 Abs. 2 S. 1 BGB) und das bestehenbleibende Testament in amtlicher Verwahrung belassen. Mit der Rückgabe des Nachtragstestaments an die Erblasserin gilt dieses Testament seinem ganzen Inhalt nach als widerrufen (§ 2256 Abs. 1 BGB)⁷⁵. Die Rücknahmeerklärung ist an keine bestimmte Form gebunden und setzt lediglich voraus, daß die Erblasserin dazu rechtlich fähig ist⁷⁶. Die Erblasserin kann die Rücknahmeerklärung nur per-

⁷³ Dazu BGH DNotZ 1953, 275/276; BayObLGZ 1975, 215 = Rpfleger 1975, 334; Angermaier MittBayNot 1973, 77. Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums ist vormerkungsfähig; dazu KEHE Ertl, Grundbuchrecht (4. Aufl., 1991) Einl. L 13.

⁷⁴ Oben Fußn. 69. Die Streitfrage, ob bei Abhängigkeit des Verzichts von der sofortigen Übereignung des Bauplatzes die sprechunfähige Frau E die Auflassung selbst erklären kann oder sich wegen dieser Behinderung vertreten lassen muß, kann hier nicht näher erörtert werden (dazu Münch/Komm/Kanzleiter, BGB § 925 Rdnr. 18; Staudinger/Ertl, BGB § 925 Rdnr. 85, 86 einerseits, Palandt/Bassenge, BGB § 925 Rdnr. 3 andererseits).

⁷⁵ Staudinger/Firsching, BGB § 2256 Rdnr. 2; Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2256 Rdnrn. 2, 3; § 2257 Rdnr. 5; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2256 Rdnr. 2. Zum Verfahren bei der Herausnahme aus amtlicher Verwahrung eingehend Firsching, Nachlaßrecht Rdnrn. 36, 37, 38; dazu auch unten Fußn. 79.

⁷⁶ Staudinger/Firsching, BGB, § 2256 Rdnrn. 8, 12; Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2256 Rdnr. 9. Dazu auch BayObLGZ 1973, 35 = MittBayNot 1973, 103.

sönlich abgeben⁷⁷. Denn das Testament darf ihr nur persönlich zurückgegeben werden (§ 2256 Abs. 2 S. 2 BGB). Da Frau F nicht persönlich vor Gericht erscheinen kann, muß der Verwahrungsbeamte sich zu ihr begeben⁷⁸.

Dieser Vorschlag hat zwar den Nachteil, daß durch die Rückgabe des Nachtragstestamentes auch die darin angeordneten Geldvermächtnisse für das Patenkind und für die Jugendfreundin der Frau F als widerrufen gelten. Er hat — wenn das Gericht das Testament herausgibt⁷⁹ — aber den Vorteil, daß er rechtlich sicherer als der wegen der Behinderungen der Frau F nicht empfehlenswerte andere Weg eines Abänderungstestaments (§§ 2253, 2254 BGB) ist. Frau F kann die Vermächtnisse für ihr Patenkind und für ihre Jugendfreundin in einem neuen Testament anordnen (§ 2147 BGB), an dessen Wirksamkeit wegen der Behinderungen der Frau F allerdings rechtliche Zweifel bestehen.

c) Alternativvorschlag des Notars:

Errichtung eines neuen Testamentes durch Frau F, in dem sie die Geldvermächtnisse für das Patenkind und für die Jugendfreundin entsprechend ihrem jetzigen Willen abändert und die übrigen Geldvermächtnisse aufhebt. Wenn dieses Testament unwirksam ist, bleiben alle Vermächtnisse unverändert bestehen. Frau F muß die Vorteile und Nachteile abwägen und zwischen dem Vorschlag b) und dem Alternativvorschlag c) selbst entscheiden⁸⁰.

Fall 9

Testament eines schreibunfähigen Stummen.

Herr G hat sich wegen Schwierigkeiten in seiner Ehe zur Abänderung seines notariellen Testamentes entschlossen. Er hat deshalb mit dem Notar, den er seit Jahren aus einer Reihe von Beurkundungen kennt, vertrauensvoll seine Beweggründe und alle rechtlichen Einzelheiten besprochen, von ihm einen Testamententwurf erhalten und ihm telefonisch bestätigt, daß er den Entwurf gelesen hat, mit dem Inhalt einverstanden ist und keine Änderungswünsche hat. Kurz vor dem vereinbarten Beurkundungstermin ruft seine Sekretärin den Notar an, daß G wegen eines Verkehrsunfalles im Krankenhaus liegt. Der Notar begibt sich sofort dorthin und erhält auf seine Fragen vom Stationsarzt die Auskunft, G könne nicht sprechen und nicht schreiben, aber lesen, stehe nicht unter dem Einfluß von Medikamenten und sei jetzt bei vollem Bewußtsein und aus ärztlicher Sicht voll geschäftsfähig. Mit einer allmählichen Besserung könne gerechnet, eine plötzliche Verschlechterung nicht ausgeschlossen werden.

⁷⁷ Die a. A., das Rückgabeverlangen könne auch von einem Bevollmächtigten erklärt werden (so z. B. Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2256 Rdnr. 8), kann nicht richtig sein. Denn der Verwahrungsbeamte darf das verwahrte Testament dem Erblasser nur persönlich zurückgeben, wenn der Erblasser (nicht eine andere Person) dies verlangt.

⁷⁸ Dittmann/Reimann/Bengel, BGB, § 2256 Rdnr. 10.

⁷⁹ Zum Verfahren bei der Rückgabe des Testamentes an einen Erblasser, der behindert ist, habe ich in der von mir hier zitierten Literatur nichts gefunden. Deshalb meine Meinung dazu: Es muß genügen, daß der Erblasser seinen Widerrufswillen in der Rücknahmeerklärung klar und verständlich gegenüber dem Verwahrungsbeamten zum Ausdruck bringt. Da die Rücknahme kein „Widerruf durch Testament“ ist, sind bei Behinderungen i. S. der §§ 22 ff. BeurkG nicht die §§ 30, 31 BeurkG einzuhalten. Für das Rückgabeprotokoll genügt die Zuziehung einer Vertrauensperson (§ 24 BeurkG) und eines Schreibzeugen (§ 25 BeurkG).

⁸⁰ Oben Fußn. 40.

Überlegungen des Notars:

a) Zur Abänderung des vorhandenen Testamentes des G bleibt hier praktisch nur der Weg eines Testamentes (§§ 2253, 2254 BGB), das wegen der Behinderungen des G wohl am besten durch Übergabe des Testamententwurfs als offene Schrift (§§ 2232, 2233 Abs. 3 BGB) errichtet wird⁸¹. Durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wäre dies nicht möglich. Ein Vertrag mit der Ehefrau des G (z. B. über einen Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht; §§ 2346, 2352 BGB), kommt wegen der Schwierigkeiten in der Ehe und wegen der akuten Lebensgefahr des G nicht in Betracht. Auch Erwägungen über eine Rücknahme des notariellen Testamentes aus der amtlichen Verwahrung des Nachlaßgerichts (wie im Fall 8) sind in einer solchen Situation nicht sinnvoll. Abgesehen davon könnte G auf diese Weise nur das ganze Testament aufheben (§ 2256 BGB), was dem Willen des G nicht entsprechen würde.

b) Entsprechend den Ausführungen von Rossak⁸² sollte der Notar die Beurkundung nicht rundweg ablehnen. Er wird sich deshalb zuerst über die Geschäftsfähigkeit des G und über die Art seiner Behinderungen vergewissern und ihn über seine Überlegungen (oben a) unterrichten. Dabei wird er den G vor der unsicheren Rechtslage und vor der Gefahr warnen, daß das Nachlaßgericht dieses Testament für nichtig hält und seine Ehefrau die Nichtigkeit des Abänderungstestaments geltend macht. Wenn G diese Risiken bewußt auf sich nimmt, sollte der Notar das bereits vorbereitete Testament unter Beachtung der §§ 22, 24, 25, 30 BeurkG mit einem umfangreichen Belehrungshinweis (§ 17 Abs. 2 BeurkG) unter Ausschöpfung aller möglichen Sicherheitsvorkehrungen (oben III 5 und 6) und unter Zuziehung eines zweiten Notars oder Zeugen (§§ 22, 25 BeurkG) und einer Vertrauensperson, die sich mit G verständigen kann (§ 24 BeurkG), beurkunden, wenn G unmißverständlich sein Einverständnis (= Genehmigung i. S. des § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG) damit zum Ausdruck bringt⁸³. Dies ist z. B. anzunehmen, wenn G auf die Frage des Notars, ob der ihm übersandte Testamententwurf seinen letzten Willen richtig und vollständig enthält, mit dem Kopf nickt. Der Notar sollte in der Urkunde entsprechende Feststellungen über den Beurkundungs- und Belehrungsvorgang treffen und sie dem G zum Durchlesen vorlegen⁸⁴. Falls G wenigstens dazu in der Lage ist, sollte er die Niederschrift als Zeichen seines Genehmigungswillens eigenhändig unterschreiben.

Fall 10

Testament eines Stummen, der weder lesen noch schreiben, aber unterschreiben kann.

Wie Fall 9. Abweichend davon erhält der Notar auf seine Fragen vom Arzt die Auskunft, daß G weder sprechen noch schreiben, auch nicht lesen, aber wahrscheinlich mit seinem Namen unterschreiben kann.

Überlegungen des Notars:

a) Dieser Fall unterscheidet sich tatsächlich und rechtlich vom Fall 9 dadurch, daß G dreifach behindert ist und daß sein Testament wegen dieser dreifachen Behinderung nach dem geschriebenen Recht sowohl gemäß § 2233 Abs. 2 BGB

⁸¹ Dazu Rossak (in diesem Heft S. 193).

⁸² Oben Fußn. 2.

⁸³ Dazu genügen Zeichen und Gebärden, wenn sie am Genehmigungswillen keinen Zweifel lassen (Keldel/Kuntze/Winkler, BeurkG § 13 Rdnr. 26).

⁸⁴ Oben Fußn. 47.

als auch gemäß §§ 2233 Abs. 3 BGB, 31 BeurkG unwirksam ist⁸⁵. Auf die Frage, ob man sich auch auf die Verfassungswidrigkeit des § 2233 Abs. 2 BGB (der materielles Recht, nicht formelles Beurkundungsrecht enthält) stützen kann, ist Rossak nicht eingegangen⁸⁶. Äußerst zweifelhaft ist es, ob es genügt, wenn G vor der Beurkundung den Testamentsentwurf gelesen hat und ihn bei der Beurkundung nicht mehr lesen kann⁸⁷.

b) Die Entscheidung, ob der Notar angesichts dieser Rechtslage die Beurkundung des Testaments vornehmen darf, ist wesentlich schwieriger als im Fall 9⁸⁸. Wenn überhaupt, dann soll er das Testament unter Beachtung der §§ 22, 24, 30 BeurkG und Ausschöpfung aller erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen mit einem möglichst umfassenden Belegungshinweis (§ 17 Abs. 2 BeurkG) und nur dann beurkunden, wenn G unmißverständlich erklärt, daß er auf der Beurkundung besteht, das Nichtigkeitsrisiko kennt und allein trägt. Für äußerst wichtig halte ich dabei folgende Maßnahmen⁸⁹. G soll den von ihm gelesenen Testamentsentwurf (nicht ein anderes Schriftstück) zum Inhalt der Testamentsniederschrift erklären und in der Niederschrift des Notars vor den zugezogenen Personen (§§ 22, 24 BeurkG) ausdrücklich bestätigen, daß er diesen Testamentsentwurf gelesen hat. Der Notar muß auch diesen Testamentsentwurf als Urkundeninhalt vorlesen.

V. Gedanken für weitere Diskussionen

Am Schluß meiner in erster Linie für die notarielle Praxis bestimmten Überlegungen einige Gedanken:

1. Der Gesetzgeber hat für die Rechte körperlich behinderter Menschen auf eigenverantwortliche Gestaltung ihrer erbrechtlichen Verhältnisse im Betreuungsgesetz⁹⁰ keine neuen Vorschriften vorgesehen, sondern es beim bisherigen Rechtszustand belassen. Zeigen nicht gerade die von Rossak und mir behandelten Problemfälle, daß man die im Betreuungsgesetz in Gang gekommene Diskussion noch nicht als abgeschlossen betrachten kann?

2. Begriffe wie „Geschäftsfähigkeit“, „Testierfähigkeit“, „negative Testierfähigkeit“, „Widerrufsfähigkeit“, „faktische Testierunfähigkeit“, „Testierunmöglichkeit“, werden in unterschiedlicher Weise verwendet. Sie sollten geklärt werden.

3. Ist es wirklich richtig und notwendig, alle doppelt oder mehrfach behinderten Menschen vor den ihnen zweifellos drohenden Gefahren durch gesetzlichen Entzug der Testiermöglichkeit „zu schützen“? Wäre es nicht sinnvoller, ihnen

dem in § 24 BeurkG und neuerdings im Betreuungsgesetz zum Ausdruck gekommenen Rechtsbetreuungsgedanken folgend mit der Testierfreiheit auch die Möglichkeit zur Errichtung eines wirksamen Testaments wenigstens dann zu belassen, wenn sie mit Hilfe einer Vertrauensperson und eines Notars ihren letzten Willen in einer öffentlichen Urkunde beweiskräftig festhalten lassen können?

4. Die Praxis lehrt, daß die anstelle eines möglicherweise nichtigen Testamentes vorgeschlagenen Regelungen zum Teil nur widerwillig „als Behelfslösung“ akzeptiert werden und daß es Fälle gibt, in denen der Behinderte sich aus begründetem Anlaß vertraglich nicht binden will oder Erklärungen über seinen letzten Willen — wenn überhaupt — nur in einem Testament abgeben kann.

5. Mit der ständig wachsenden Zahl behinderter Menschen werden sich die Fälle mehren, in denen sich die zum Schutz von Behinderten bestehenden erb- und beurkundungsrechtlichen Vorschriften geradezu in ihr Gegenteil verkehren, weil sie es dem Behinderten unmöglich machen, ein sinnlos gewordenes Testament aufzuheben oder abzuändern.

6. Als Gegenthese gegen die Auffassung, das geltende Erbrecht könne von Ausnahmen abgesehen so bleiben wie es ist, wurde auf dem Deutschen Notartag 1989 die Dringlichkeit einer vollständigen Überprüfung des Erbrechts angesprochen und mit Beispielen begründet, denen von Rossak und mir noch einige hinzugefügt worden sind. Dieser Aufruf an die Gesetzgebungsorgane stammt bemerkenswerterweise nicht von einem Notar, sondern von einem Richter des erbrechtlichen Senats des Bundesgerichtshofs.⁹¹ Trotzdem sind bei realistischer Betrachtung die Aussichten auf Verwirklichung einer umfassenden und baldigen Überprüfung

⁹⁰ Gesetz vom 12.9.1990 (BGBl. I 2002), das am 1. 1. 1992 in Kraft tritt (dazu Schwab FamRZ 1990, 681; Wesche Rpfleger 1990, 441; Zimmermann/Damrau NJW 1991, 538; Cypionka DNotZ 1991, 571).

Bei Verträgen mit Behinderten kann dieses Gesetzes von Bedeutung sein:

a) Soweit dies erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 BGB), kann ein bloß körperlich behinderter Volljähriger für einen bestimmten Aufgabenkreis einen Betreuer erhalten (§ 1896 Abs. 1 BGB), der in diesem Bereich gesetzlicher Vertreter des Betreuten ist (§ 1902 BGB). Der Betreute bleibt handlungsfähig, seine Geschäftsfähigkeit ist allein nach § 104 Nr. 2 BGB zu beurteilen. Ist ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet (§ 1903 BGB), bedarf der Betreute zu den davon erfaßten Rechtsgeschäften der Einwilligung (Zustimmung) des Betreuers. Bei der Vertragsgestaltung muß man darauf achten, ob ein in Betracht gezogenes oder beurkundetes Rechtsgeschäft einer solchen Zustimmung und einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1908 i; 1821; 1822 BGB) bedarf (§ 18 BeurkG).

b) Art. 1 Nr. 49 bis 56 des Betreuungsgesetzes zeigen, daß das Betreuungsrecht auch Auswirkungen auf das Erbrecht hat (dazu Hahn FamRZ 1991, 27). Die für letztwillige Verfügungen wichtigen Vorschriften der §§ 104 Nr. 2; 2229 Abs. 1 und 4; 2231; 2232; 2233; 2247 BGB und §§ 22 ff.; 27 ff. BeurkG sind unangetastet geblieben. Auf Verfügungen von Todes wegen und Willenserklärungen, zu denen ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, kann ein Einwilligungsvorbehalt nicht erstreckt werden (§ 1903 Abs. 2 BGB).

c) Zur Zulässigkeit (und Zweckmäßigkeit) einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung, daß der Betreute eine letztwillige Verfügung nur in notarieller Form errichten kann, sind die Meinungen noch geteilt (ja: Cypionka DNotZ 1991, 571/585; nein: Dieckmann JZ 1988, 789/795, Hahn FamRZ 1991, 27).

⁹¹ Vgl. die Gegenthese 1 von Schmidt-Kessel beim erbrechtlichen Podiumsgespräch (DNotZ-Sonderheft 1989, 158/162 ff.). Die anderen Ausführungen betreffen Abgrenzungsfragen zwischen Testament und Erbvertrag (oben Fußn. 18 und 25), die Gegenthesen 2 bis 4 „Wege am Erbrecht vorbei“ (unten Fußn. 93).

⁸⁵ Oben Fußn. 27, 28, 29.

⁸⁶ Auch sonst gibt es — meines Wissens — derzeit keine Literatur, auf die sich der Notar in diesem Fall stützen könnte.

⁸⁷ Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Testamentserrichtung (Dittmann/Reimann/Bengel, BGB, § 2229 Rdnr. 41).

⁸⁸ Zu bedenken ist aber, daß ein in dieser Weise Behinderter Erklärungen über Geschäfte unter Lebenden abgeben und beurkunden lassen könnte (dazu unter Abschn. V und oben Fußn. 32).

⁸⁹ Objektiver Gesetzeszweck des § 2233 Abs. 2 BGB ist es, den Erblasser davor zu schützen, daß ihm ein Schriftstück untergeschoben wird, dessen Inhalt er nicht kennt und nicht lesen kann (Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2233 Rdnr. 7). Zu überlegen ist, ob dieser Schutzzweck erfüllt wird, wenn durch den Notar und durch die Vertrauensperson sichergestellt wird, daß die vom Erblasser vor der Beurkundung gelesene Schrift Testamentsinhalt wird. Unter dieser Voraussetzung könnte man allenfalls die Vorgänge vor der Beurkundung und bei der Beurkundung als einheitlichen Vorgang sehen (dazu Dittmann/Reimann/Bengel, BGB § 2229 Rdnrn. 44, 45).

bedauerlicherweise gering. Deshalb wird die Verantwortung der Rechtsprechung für das Erbrecht wachsen. Der Notar muß sich darauf einstellen, die bisherigen und künftigen Entwicklungen aufmerksam verfolgen und auf Fingerzeige aus der Rechtsprechung achten.⁹²

VI. Ergebnisse meiner Überlegungen

Die Ergebnisse lassen sich in drei Punkten zusammenfassen:

1. Das Gesetz (§§ 2232; 2233 Abs. 2, 3; 2276 Abs. 1 BGB; §§ 30, 31, 33 BeurkG) nimmt bestimmte Doppelbehinderungen in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise zum Anlaß, allen derart Behinderten, auch wenn mit Hilfe einer Vertrauensperson eine Verständigung mit ihnen möglich ist (§ 24 BeurkG), die Errichtung eines Testamentes und eines Erbvertrages unmöglich zu machen (vgl. Abschn. III 3).

2. Das Gesetz ebnet aber mit Hilfe anderer Rechtsgeschäfte, die nicht den Vorschriften für Verfügungen von Todes wegen unterliegen, Wege, über die sich der Notar zusammen mit

dem Behinderten bei der Gestaltung der nach dessen Tod bestehenden oder entstehenden Rechtsverhältnisse Gedanken machen soll (vgl. Abschn. III 4):

Diese Wege haben Eigenschaften, die zu beachten sind:

a) Sie sind nicht immer begehbar, mitunter nur eine Behelfslösung, ein Notweg oder nicht brauchbar, weil sie nicht zu dem angestrebten Ziel führen.

b) Sie sind häufig kompliziert und können einem Behinderten, mit dem eine mündliche und/oder schriftliche Verständigung unmöglich ist, nicht oder nur schwer verständlich gemacht werden.

c) Sie sind legal, obwohl es sich teilweise um „Wege am Nachlaß vorbei“ handelt.⁹³ Die notarielle Praxis kann und muß sich über solche rechtspolitischen Bedenken hinwegsetzen, solange sich an unserem Erbrecht nichts ändert.

3. Dies führt zu der Überlegung, die ich nicht anders, vor allem nicht besser formulieren kann als mit Worten, mit denen *Schmidt-Kessel* die Forderung nach Überprüfung unseres Erbrechts begründet hat:⁹⁴

„Offensichtlich ist unser Erbrecht nicht so, daß wir uns damit zufrieden geben dürften. Es wäre wirklich ein Wunder, wenn es auch heute noch in Ordnung wäre.“

⁹² Wissenswertes Ausführungen dazu findet man in den mit hohen und höchsten Richtern, Rechtswissenschaftlern und Ministerialbeamten geführten Podiumsgesprächen zu den Vorträgen auf dem Deutschen Notartag 1989 (DNotZ-Sonderheft 1989, 21 ff.) und in der Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat (1987), z. B. von Niebler (S. 131: Zur Bedeutung der Handlungsfreiheit; Überblick über die Rspr. des BVerfG); Merz (S. 187: Rspr. des BGH zur Notarhaftung); Köhler (S. 197: Rechtsprechungsprognose als Amtspflicht des Notars).

⁹³ Dazu Zavar (DNotZ-Sonderheft 1989, 124); Rolland (DNotZ-Sonderheft 1989, 148); Schmidt-Kessel (oben Fußn. 91).

⁹⁴ Zitat aus den Ausführungen von Schmidt-Kessel beim erbrechtlichen Podiumsgespräch (oben Fußn. 91).

Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von § 181 BGB im Falle der „Umwandlung“ einer Mehr-Mann-GmbH in eine Ein-Mann-GmbH

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8.4.1991* von Notarassessor *Norbert Mayer*, Rosenheim

Mit der Entscheidung des BGH vom 8.4.1991 kommt eine wechselvolle und für die Praxis höchst relevante Rechtsentwicklung zum Abschluß, welche mit zwei Beschlüssen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes¹ und Beschluß vom 21.9.1989² ihren Anfang nahm. Materielle sedes materiae der Entscheidung ist zunächst die allgemeine Zivilrechtsdogmatik zu § 181 BGB, die für die Praxis relevanten Folgerungen aus der Entscheidung liegen indes auf registerrechtlichem und steuerrechtlichem Gebiet. Nachfolgend soll zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung (1.) sowie deren Folgen und Komplikationen in der Praxis (2.) dargestellt werden. Sodann ist auf die Entscheidung des BGH (3.) und deren Auswirkungen (4.) einzugehen.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist der Beschluß des BayObLG vom 22.5.1987³. Hierin vertrat das BayObLG die Auffassung, daß die einem bestimmten Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH erteilte Befreiung von § 181 BGB in dem Moment erlösche, in dem der betreffende Geschäftsführer alle Anteile an der GmbH erwirbt und somit eine Ein-Mann-GmbH entsteht. Leitmotiv für diese Rechtsauffassung war das Bestreben, Vermögensverschiebungen zwischen dem Alleingesellschafter und der Gesellschaft aus Gründen des Verkehrsschutzes zu erschweren. Die Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB für den Fall des Entstehens einer Ein-Mann-GmbH sei — so das BayObLG — nur dann möglich, wenn bereits die ursprüngliche Satzung (d. h. die Satzung der Mehr-Mann-GmbH) eine solche Befreiungsmöglichkeit vorsieht⁴.

Unmißverständlich formuliert das BayObLG den Beweggrund seiner Auffassung in dem Beschluß vom 21.9.1989⁵, in dem es apodiktisch feststellt: „In-sich-Geschäfte sind grundsätzlich anstößig und bringen für Dritte besondere Gefahren mit sich. Aus Gründen des Verkehrsschutzes sei es daher geboten, im Falle einer „Umwandlung“ einer mehrgliedrigen Gesellschaft in eine Ein-Mann-Gesellschaft die Befreiung von § 181 BGB — und die damit verbundene

schwerwiegende inhaltliche Erweiterung der Befugnisse des Geschäftsführers — erlöschen zu lassen. In Fortführung der Entscheidung aus dem Jahre 1987 führte das BayObLG nunmehr aus, daß gegen die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung, wonach auch für den Fall der Umwandlung der mehrgliedrigen Gesellschaft in eine Ein-Mann-Gesellschaft eine Befreiung von § 181 BGB möglich ist, keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Wird daher konform mit der Satzung ein entsprechend weitreichender Befreiungsbeschluß gefaßt, so sei dieser auch in das Handelsregister eintragungsfähig.

2. Widersprüche und Folgen der Rechtsprechung

Die Intention der vorstehend kurz referierten Entscheidungen des BayObLG erschien prima facie durchaus legitim. Indes war die Rechtsprechung schwerwiegenden dogmatischen Bedenken ausgesetzt (vgl. unten 3.), führte in der Praxis zu merkwürdigen und unvorhergesehenen Ergebnissen und war schließlich auch nicht geeignet, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen.

Befremdend war zunächst das Ergebnis, daß im Falle der Umwandlung einer Mehr-Mann-Gesellschaft in eine Ein-Mann-Gesellschaft (also einer „derivativen“ Ein-Mann-Gesellschaft) die Befreiung von § 181 BGB erlöschen sollte, wohingegen im Falle einer „originären“ Ein-Mann-Gesellschaft zu keiner Zeit Bedenken gegen die Wirksamkeit der Befreiung von § 181 BGB bestanden. Dabei hätte gerade in diesem Fall die Gefahr von „anstößigen In-sich-Geschäften“ besonderer Vorkehrungen bedurft. Zwar ist aus dem Gesellschaftsvertrag ersichtlich, wieviele Gesellschafter die Gesellschaft errichtet haben (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Dem Handelsregister selbst ist jedoch die Anzahl der vorhandenen Gesellschafter nicht zu entnehmen; das Interesse daran, den Gesellschafterstand zu kennen, wird somit durch das Handelsregister nicht geschützt. Ein solcher Schutz wäre schließlich, da die Abtretung von GmbH-Anteilen keiner registerrechtlichen Verlautbarung bedarf, auch faktisch schwer möglich. Dementsprechend bieten auch die beim Handelsregister aufbewahrten übrigen Unterlagen, insbesondere die Gesellschafterliste, keine zuverlässige Auskunft über den aktuellen Gesellschafterbestand.

Berücksichtigte man weiter die Entscheidung des BGH vom 28.2.1983⁶, wonach nicht in das Handelsregister eintra-

* MittBayNot 1991, 154

¹ Beschluß vom 22.5.1987 (MittBayNot 1987, 208 = WM 1987, 982 f. = DB 1987, 2140 ff.

² MittBayNot 1990, 52 = GmbHR 1990, 213 ff.)

³ MittBayNot 1987, 208 ff.

⁴ Vgl. BayObLG MittBayNot 1987, 210.

⁵ MittBayNot 1990, 52.

⁶ MittBayNot 1983, 135 = GmbHR 1983, 269.

gungsfähig sei, daß der Geschäftsführer von § 181 BGB für den Fall befreit sein soll, daß er alleiniger Gesellschafter ist, so erschien zunächst unklar, wie für diesen Fall die Rechtswirksamkeit von In-sich-Geschäften überhaupt sichergestellt werden konnte⁷.

In der genannten Entscheidung hatte der BGH zutreffend die Eintragungsfähigkeit einer derartigen Befreiung verneint, da damit die Wirksamkeit der Befreiung von weiteren, weder aus dem Handelsregister noch aus der Satzung ersichtlichen Umständen abhängt und daher der Umfang der Vertretungsbefugnis sich nicht mehr — entgegen § 10 Abs. 1 GmbHG — aus dem Handelsregister entnehmen lasse.

Die Praxis behalf sich in der Folgezeit damit, dem Geschäftsführer die Befreiung von § 181 BGB zu erteilen, und zwar ausdrücklich auch für den Fall, daß aus der mehrgliedrigen eine Ein-Mann-Gesellschaft entsteht. Eine derartige Befreiung wurde vom BayObLG in dem Beschluß aus dem Jahre 1989 — in bewußter Abgrenzung zur Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1983⁸ — für eintragungsfähig erachtet, sofern nur eine dahingehende Befreiungsmöglichkeit in der Satzung der mehrgliedrigen Gesellschaft vorgesehen war. Diese Entscheidung war offensichtlich maßgeblich dadurch beeinflusst, daß andernfalls die Rechtswirksamkeit der Befreiung und damit der Umfang der Vertretungsbefugnis nicht mehr aus dem Handelsregister ersichtlich wäre.

Nicht vom BayObLG entschieden wurde der Fall, daß erst nach dem Entstehen einer Ein-Mann-Gesellschaft von dem nunmehrigen Alleingesellschafter und Geschäftsführer die Satzung dahingehend geändert wird, daß der Geschäftsführer auch im Falle einer Ein-Mann-GmbH von § 181 BGB befreit sein soll. In einem solchen Falle wären jedenfalls die bis zu der Satzungsänderung bzw. Eintragung der Änderung in das Handelsregister vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht von den Einschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen.

Im Ergebnis ließ sich somit durch entsprechenden Aufwand (notarielle Satzungsänderung etc.) und Formulierungskünste sicherstellen, daß handelsrechtlich die „Umwandlung“ in eine Ein-Mann-GmbH folgenlos blieb.

Durch die Entscheidung des BayObLG gewarnt, ging die Praxis teilweise dazu über, Befreiung von § 181 BGB „auch für den Fall, daß aus der Mehr-Mann- eine Ein-Mann-Gesellschaft und danach wieder eine Mehr-Mann-Gesellschaft entsteht“ zu erteilen. Den zuletztgenannten Zusatz wird man freilich, da mit der erneuten Entstehung einer Mehr-Mann-GmbH die ursprüngliche Befreiung wieder in Kraft tritt, als überflüssig und daher nichteintragungsfähig anzusehen haben⁹.

Die bei weitem einschneidendsten Folgen der Rechtsprechung lagen indes auf steuerlichem Gebiet. Die Finanzverwaltung und schließlich auch die finanzgerichtliche Rechtsprechung griff die Rechtsprechung des BayObLG auf und nahm, da ein Verstoß gegen § 181 BGB zur zivilrechtlichen (schwebenden) Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, das Vorliegen von verdeckten Gewinnausschüttungen an. Grundlage hierfür ist die ständige Rechtsprechung, daß bei

beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern eine verdeckte Gewinnausschüttung schon dann vorliegt, wenn keine im voraus getroffene klare, eindeutige und zivilrechtlich wirksame Vereinbarung vorliegt¹⁰. Allein der bürgerlich-rechtliche Wirksamkeitsmangel führt somit zum Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung, ohne daß es noch des sonst üblichen Drittvergleiches bedürfte. Ein „Musterbeispiel“ für diese Rechtsprechung bildet das Urteil vom FG Rheinland-Pfalz vom 25.9.1989¹¹, welches — offensichtlich aus unkritischem Vertrauen in die Beständigkeit der Rechtsprechung des BayObLG — sogar rechtskräftig wurde. In dem zugrundeliegenden Fall hatte der von § 181 BGB befreite Geschäftsführer, nachdem er durch das Ausscheiden der übrigen Gesellschafter zum Alleingesellschafter geworden war, sich selbst Gehaltserhöhungen gewährt, welche aufgrund des Erlöschens der Befreiung von § 181 BGB als zivilrechtlich unwirksam und damit als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifiziert wurden.

3. Die Entscheidung des BGH

Der Beschluß des BGH vom 8.4.1991 folgt der in der Literatur herrschenden Meinung¹² und beruft sich zur Widerlegung der Auffassung des BayObLG im wesentlichen auf die allgemeinen Strukturprinzipien des GmbH-Rechts, d. h. konkret: der Eigenschaft der GmbH als juristischer Person. Aus diesem Wesensmerkmal folge, daß sich weder die Identität der Gesellschaft noch deren rechtlicher Charakter durch einen Wechsel im Gesellschafterbestand änderten. Die vom BayObLG vertretene Auffassung würde im Ergebnis diese Rechtsfähigkeit der GmbH — contra legem — schmälern und liefe damit auf eine (erneute) Diskriminierung der Ein-Mann-GmbH hinaus. Im einzelnen widerlegt der BGH die aus § 35 Abs. 4 GmbHG und der geschichtlichen Entwicklung hergeleitete Argumentation des BayObLG. Die vom BayObLG hervorgehobenen Argumente des Verkehrsschutzes sowie der Publizitätsfunktion des Handelsregisters verkehrt der BGH in ihr Gegenteil und verwendet sie zu Recht zur Unterstützung seiner Auffassung. Hinsichtlich des Schutzaspektes für die Gesellschaftsgläubiger stellt der BGH klar, daß sich im Falle der „Umwandlung“ in eine Ein-Mann-GmbH nur die rein faktische Möglichkeit zum Mißbrauch der Vertretungsmacht vergrößere, nicht dagegen — wegen der Eigenschaft der GmbH als juristischer Person — der rechtliche Umfang der Vertretungsmacht. Der Schutz dieser rein tatsächlichen Mißbrauchsmöglichkeit — und damit das Interesse daran, den aktuellen Gesellschafterbestand zu kennen — sei aber nicht Aufgabe des Handelsregisters. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters — und der hierdurch mediatisierte Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger — geböten es vielmehr, die Auffassung des BayObLG abzulehnen. Der BGH beruft sich hierzu auf seine Entscheidung aus dem Jahre 1983, wonach sich der Umfang der Vertretungsbefugnis aus dem Handelsregister selbst ergeben müsse. Gerade dies wäre nach der Auffassung des BayObLG nicht mehr der Fall, weshalb die von diesem Gericht herausgestellten Argumente der Publizitätsfunktion des Handelsregisters und des Verkehrsschutzes gerade die gegenteilige Auffassung nahelegten¹³.

⁷ Vgl. Spiegelberger, MittBayNot 1989, 244.

⁸ MittBayNot 1983, 135 = GmbHR 1983, 269.

⁹ Vgl. auch FG Rheinland-Pfalz, MittBayNot 1991, 92 = GmbHR 1990, 527.

¹⁰ Vgl. BFH, BStBl. II 1976, 74; BStBl. II 1985, 345.

¹¹ MittBayNot 1991, 92 = GmbHR 1990, 527.

¹² Vgl. die Nachweise bei BGH, MittBayNot 1991, 154 = WM 1991, 892.

¹³ BGHZ 87, 59, 63 = MittBayNot 1983, 135.

4. Auswirkungen der Entscheidung des BGH

Die Auswirkungen der Entscheidung des BGH liegen zunächst auf registerrechtlichem Gebiet. So ersparen sie die durch die Auffassung des BayObLG bedingten Formulierungskünste in der Satzung und anlässlich der Geschäftsführerbestellung und erlauben die Rückkehr zur früheren Praxis.

Die folgenschwerste Auswirkung liegt indes wiederum auf steuerlichem Gebiet. Der erwähnten (vgl. oben 2.) Auffassung der Finanzverwaltung und der finanzgerichtlichen Rechtsprechung, die unter Berufung auf das BayObLG verdeckte Gewinnausschüttungen angenommen hatten, ist mit der Entscheidung des BGH der Boden entzogen. Somit kann den hiervon Betroffenen und deren Beratern nur empfohlen werden, sich gegen die Annahme von verdeckten Gewinnausschüttungen in diesen Fällen zu wehren und gegebenenfalls Rechtsbehelfe bzw. Klage zu erheben. Erfreulicherweise hat z. B. das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen in seinem Erlaß vom 13.5.1991¹⁴ bereits auf die Rechtsprechungsänderung reagiert. Es bleibt zu hoffen, daß sich die übrigen Finanzverwaltungen dem baldmöglichst anschließen werden und sich so — auch in steuerlicher Hinsicht — die durch das BayObLG verursachte Unruhe wieder legen wird.

In jüngster Zeit hat schließlich auch der BFH — unabhängig und noch vor dem Urteil des BGH — die Auffassung des

BayObLG abgelehnt und die Befreiung von § 181 BGB auch im Falle einer „Umwandlung in eine Ein-Mann-GmbH“ als fortbestehend erachtet, und so das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung abgelehnt¹⁵.

Von der Entscheidung des BGH unberührt bleibt die fortbestehende Diskrepanz zwischen der zivilrechtlichen und der steuerrechtlichen Betrachtungsweise bei Mehr-Mann-Gesellschaften. Der Intention des § 181 BGB entsprechend sollte aus zivilrechtlichen Gründen von der Befreiungsmöglichkeit nur eingeschränkt Gebrauch gemacht werden¹⁶. Demgegenüber gebietet das Damoklesschwert der verdeckten Gewinnausschüttung auch bei Mehr-Mann-Gesellschaften eine weitgehende Befreiung der Geschäftsführer von § 181 BGB.

Bei Mehr-Mann-Gesellschaften sind verdeckte Gewinnausschüttungen besonders mißlich, da sie die Ausschüttungsrelationen zu Gunsten desjenigen, der die verdeckte Gewinnausschüttung erhalten hat, und zu Lasten der übrigen Gesellschafter verändern und zudem die GmbH in aller Regel gravierend belasten¹⁷. Nach wie vor kann daher im Einzelfall — unter der Voraussetzung, daß keine Gefahr von Interessenkonflikten besteht — eine Abweichung von der zivilrechtlichen „richtigen“ Gestaltung, d. h. eine Befreiung von § 181 BGB, sinnvoll sein.

¹⁵ MittBayNot 1991, 225, in diesem Heft.

¹⁶ Vgl. in diesem Sinne etwa Jaeger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, S. 26.

¹⁷ Vgl. Herzig, DB 1985, 353.

¹⁴ Vgl. DB 1991, 1141.

III. Rechtsprechung

A.

Bürgerliches Recht

1. BGB § 652; BeurkG §§ 6 Abs. 2, 13 Abs. 1 Satz 1 (*Maklerlohnklausel im Grundstückskaufvertrag*)

Wird in den notariell zu beurkundenden Hauptvertrag eine Maklerlohnklausel nur äußerlich mit aufgenommen und so ein Maklervertrag zwischen einem am Hauptvertrag Beteiligten und dem Makler abgeschlossen, dann ist der Makler nicht notwendig Beteiligter im Sinne des Beurkundungsgesetzes.

BGH, Urteil vom 6.3.1991 — IV ZR 53/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Maklerprovision.

Der Kläger bemühte sich als Immobilienmakler im Auftrage der Eigentümerin, der P. E. GmbH (PEG), um die Verwertung eines Gewerbegrundstücks in H. Ein entsprechendes Angebot mit einer Provisionsforderung in Höhe von 6% machte er einer GmbH in K. Deren Geschäftsführer S. wollte diese Gelegenheit nicht für die GmbH, sondern zusammen mit dem Steuerberater P. und dem Beklagten, der Architekt ist, für sich selbst nutzen. So kam es am 25.3.1987 in Gegenwart des Klägers zur notariellen Beurkundung von zwei Verträgen.

In dem einen Vertrag kauften der Beklagte und die Herren S. und P. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts von der PEG das unbebaute Grundstück für 700.000 DM. Im anderen Vertrag verpflichtete sich die PEG den Käufern gegenüber, umfassend für die Bauplanung einschließlich Baugenehmigung sowie die Vermietung der zu errichtenden Gebäude bei einer Gegenleistung von 1,07 Mio. DM zu sorgen. Jeder der beiden Verträge enthält eine „Maklerklausel“ mit folgendem Wortlaut:

„Dieser Vertrag wurde durch den Hausmakler . . . (Kläger) vermittelt. Die Courtage für den vermittelnden Hausmakler beträgt 4% vom Kaufpreis zuzüglich 14% Mehrwertsteuer, mithin insgesamt DM 31.920,— (im zweiten Vertrag: DM 48.000,—) und wird vom Käufer allein getragen.

Die Courtage ist verdient mit Abschluß dieses Vertrages und mit Vorliegen der beantragten Baugenehmigung zur Zahlung fällig.

Der Hausmakler hat wegen seiner Courtageansprüche einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung aus diesem Vertrag gegen die Erschienenen zu 2), 3) und 4) (Beklagter) als Gesamtschuldner.“

Weil die Käufer die nach den Verträgen zu erbringenden Bürgschaften für die Zahlungen nicht fristgerecht der PEG aushändigten, machte diese am 26.5.1987 von dem für diesen Fall vertraglich vorgesehenen Rücktrittsrecht Gebrauch. Die Baugenehmigung wurde der PEG am 7.7.1987 erteilt.

Einen Teilbetrag von 15.000 DM der Gesamtprovision von 79.920 DM hat der Kläger an das Finanzamt abgetreten. Von diesem ist er zur Klageerhebung ermächtigt worden. Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung der Gesamtprovision nebst Zinsen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, aus den Maklerklauseln ergebe sich der fällige Anspruch des Klägers gegen den Beklagten als Gesamtschuldner gem. § 427, 421 BGB auf Zahlung der Maklerprovision nebst Zinsen in Höhe von 64.920 DM an den Kläger und von weiteren 15.000 DM an das Finanzamt.

1. Das Landgericht hatte gemeint, bei den Klauseln handele es sich um echte Verträge zugunsten des Klägers im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB. Sie seien jedoch Bestandteile der notariellen Verträge. Deshalb sei das Forderungsrecht des Klägers durch den Rücktritt der PEG entfallen (§ 334 BGB).

Demgegenüber hat das Berufungsgericht, ausgehend von dem Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 28.11.1962 (VIII ZR 236/61 — WM 1963, 31 = LM BGB § 505 Nr. 4), dargelegt, das in eine Kaufvertragsurkunde aufgenommene Maklerlohnversprechen könne verschiedenartige Bedeutungen haben. Es könne sich um eine rechtlich nicht zum Kaufvertrag gehörende, nur äußerlich mit ihm verbundene Beurkundung des Lohnversprechens handeln, durch das der Käufer sich nicht seinem Vertragspartner, sondern dem Makler gegenüber deklaratorisch oder konstitutiv verpflichte. Als Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer begründe die Maklerklausel, wenn der Verkäufer lediglich Versprechensempfänger sei, möglicherweise ebenfalls nur einen eigenen Anspruch des Maklers. Als solche Vereinbarung könne sie aber auch Teil des Kaufvertrages sein und dem Verkäufer — bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter daneben auch dem Makler — einen Anspruch auf Provisionszahlung an den Makler geben. Die gebotene Auslegung führe zu dem Ergebnis, daß die Klauseln nur äußerlich in den Verträgen mitbeurkundet worden seien, und als Vereinbarung zwischen dem Kläger und den Käufern deren Maklerlohnversprechen gegenüber dem Kläger enthielten.

2. Vergeblich versucht die Revision, Rechtsfehler bei dieser Auslegung aufzuzeigen. . . .

3. Unzutreffend ist die Rechtsansicht der Revision, bereits aus formellen Gründen verbiete sich die Annahme, die Vertragsurkunden könnten Verträge oder Bestandteile von Verträgen enthalten, die die Parteien dieses Rechtsstreits miteinander geschlossen hätten; Sinn und Zweck des Beurkundungsgesetzes und der Wortlaut seines § 13 Abs. 1 Satz 1 stünden dieser Annahme entgegen. Eine im Rahmen der Verhandlung geäußerte, jedoch nicht in die Niederschrift des Notars aufgenommene Willenserklärung sei nichtig. Vor allem sei die eigenhändige Unterschrift aller Beteiligten, also auch die des „nur äußerlich“ beteiligten Maklers erforderlich.

Allerdings kann mit der Folge der Anwendbarkeit von § 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG der Makler formal Beteiligter im Sinne der Legaldefinition des § 6 Abs. 2 BeurkG (*Erman/Hense* und *Schmidt*, 8. Aufl. BeurkG § 6 Rdnr. 2; *Huhn/v. Schuckmann*, Beurkundungsgesetz 2. Aufl. § 6 Rdnr. 6 und § 9 Rdnr. 11) sein, wenn in den vom Notar beurkundeten Hauptvertrag zwischen dem Kunden des Maklers und einem Dritten gleichzeitig auch der Abschluß eines Maklervertrages im Sinne des § 652 BGB zwischen dem Kunden und dem Makler aufgenommen werden soll. Ob entsprechende Erklärungen beurkundet werden sollen, entscheidet nach § 6 Abs. 2 BeurkG der Wille der Erschienenen. Hier bestand ein solcher Wille gerade nicht. Das ergibt die Auslegung der Klauseln durch das Berufungsgericht und der Vortrag beider Parteien.

Nach dem Vorbringen des Klägers wollten die drei Käufer unmittelbar vor der Beurkundung nur noch 3% als Provision zahlen und verlangten die Übernahme der weiteren 3% von der PEG, was von dieser verweigert wurde. Daraufhin habe der Kläger sich direkt mit allen drei Käufern geeinigt, daß er von diesen nur 4% erhalten würde, verdient mit Abschluß der Notarverträge und fällig mit Vorliegen der Baugenehmigung. Dieser Maklervertrag sei bei der Beurkundung bestätigt worden. Spätestens bei dieser Bestätigung war also der Beklagte mit dem Kläger einig, die für die notariellen Verträge ursächliche Vermittlungsleistung sei bereits erbracht und dafür werde er Provision zahlen.

Der Beklagte behauptet, sich auf Anfordern der Mitkäufer lediglich zur notariellen Beurkundung in H. eingefunden zu haben. Demgemäß hat er seinem Vortrag zufolge zwar zunächst nicht direkt mit dem Kläger hinsichtlich dessen Maklertätigkeit und -lohn verhandelt und einen diesbezüglichen Vertrag geschlossen. Er hat aber auch nach seiner Behauptung den Wortlaut der notariell beurkundeten Maklerklauseln zur Kenntnis genommen, ihm zugestimmt und die notariellen Verträge unterzeichnet. Also hat nach seinem Vortrag auch der Beklagte aus der Sicht des diese Erklärung empfangenden Klägers ein Maklerlohnversprechen abgegeben. Es kann unbedenklich angenommen werden, daß der bei der Beurkundung anwesende Kläger sich erkennbar damit einverstanden erklärt und so einen Maklervertrag auch mit dem Beklagten abgeschlossen hat.

Also ergibt der Vortrag beider Parteien, daß sie anläßlich der Beurkundung einen Maklervertrag geschlossen haben. Daß ein Maklervertrag auch nach bereits erbrachter Maklerleistung geschlossen werden kann, ist anerkannt (zuletzt Senatsurteil vom 10.10.1990 — IV ZR 280/89 — WM 1991, 78 unter 1. m. w. N.). Dieser Maklervertrag war nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts (vgl. oben 1 und 2) nicht Bestandteil der zu beurkundenden Verträge, wurde vielmehr nur rein äußerlich und teilweise mitbeurkundet. Das geschah offensichtlich auf Wunsch des anwesenden Klägers, nicht aber, weil der Vertreter der PEG und die Käufer auch den nicht einmal die Schriftform erfordernden Maklervertrag als solchen beurkunden lassen wollten. Nur auf deren Willen aber kommt es an, weil nur sie Beteiligte der notariellen Verträge waren. Insbesondere sollte nach ihrem Willen die Beurkundung auch der Annahme seitens des Klägers nicht Gültigkeitserfordernis sein (§§ 154 Abs. 2, 125 Satz 2 BGB).

Demgemäß brauchte der Bundesgerichtshof in dem genannten Urteil vom 28.11.1962 keine formellen Bedenken im Hinblick auf die damals geltenden, durch das Beurkundungs-

gesetz später aufgehobenen Bestimmungen der §§ 176, 177 FGG zu haben. Auch damals ging es lediglich darum, daß ein Maklervertrag nur äußerlich mit dem vermittelten Grundstückskaufvertrag verbunden war.

4. Der Rücktritt der PEG von den notariellen Verträgen berührt, wie im Berufungsurteil rechtsfehlerfrei dargelegt, entgegen der von der Revision vertretenen Meinung den Maklerlohnanspruch des Klägers aus den Klauseln nicht. § 652 BGB macht die Entstehung des Provisionsanspruchs nur vom Zustandekommen des Hauptvertrages, nicht — wie § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB — von der Ausführung des Geschäfts abhängig. Umstände, die das wirksame Zustandekommen des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen, schließen demgemäß die Entstehung eines Provisionsanspruchs aus. Umstände dagegen, die lediglich die Leistungspflicht aus dem wirksam zustandegekommenen Vertrag beseitigen — wie einverständliche Aufhebung des Vertrages, nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung — lassen die Provisionspflicht unberührt. Auch der Rücktritt vom Vertrag macht den Vertragsschluß nicht ungeschehen, sondern hebt nur die vertragliche Leistungspflicht auf. Er hat deshalb grundsätzlich auf die Provisionspflicht keinen Einfluß. Die Rechtsprechung hat von dieser Regel nur für den Fall eine Ausnahme gemacht, daß sich eine Partei im Hauptvertrag ein zeitlich befristetes, aber sonst an keine Voraussetzung gebundenes Rücktrittsrecht ausbedungen hat. In einem solchen Fall entsteht die Provisionspflicht erst dann, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne daß die rücktrittsberechtigte Partei ihr Recht ausgeübt hat. Diese Ausnahme wird durch die Überlegung gerechtfertigt, daß in einem solchen Fall eine echte vertragliche Bindung erst in dem Zeitpunkt begründet wird, in dem der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann. Dieser Fall ist deshalb ebenso zu behandeln wie der, in dem ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird (Urteile vom 9.1.1974 — IV ZR 71/73 — NJW 1974, 694 und vom 10.11.1976 — IV ZR 129/75 — WM 1977, 21 unter I 3 und 4; BGHZ 66, 270, 271 [= DNotZ 1976, 682]). Sonst muß es aber bei der aus dem Gesetz abgeleiteten Regel verbleiben, so insbesondere bei der Ausübung eines gesetzlichen, eines dem gesetzlichen nachgebildeten (Urteil vom 21.9.1973 — IV ZR 89/72 — WM 1974, 257 unter I 3) oder eines von bestimmten sachlichen Voraussetzungen abhängig gemachten vertraglichen Rücktrittsrechts.

Im vorliegenden Fall war das Rücktrittsrecht der PEG einem gesetzlichen Rücktrittsrecht nachgebildet. Die Vertragsparteien haben die Verpflichtung der Käufer zur fristgemäßen Aushändigung von Bankbürgschaften wie eine Hauptpflicht mit der Sanktion des Rücktritts bewehrt. Diese Verpflichtung war nicht etwa — wie die Revision zu Unrecht meint — Voraussetzung der notariellen Verträge. Sie entstand vielmehr erst mit dem wirksamen und von den Vertragsparteien als bindend angesehenen Vertragsschluß.

Der von der Revision angestrebten Auslegung der Maklerklauseln, daß diese durch den Rücktritt der Verkäuferin einfallig würden, stehen schon die Ausführungen oben unter 1. und 2. entgegen. In den Klauseln wird insbesondere festgehalten, daß die Provision mit Abschluß der notariellen Verträge verdient ist; es wurde nicht bestimmt, daß dies nur dann gelten sollte, wenn die PEG von ihrem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machte.

5. Schließlich stehen auch die Ausführungen des Berufungsurteils zur Fälligkeit der Forderung im Einklang mit der

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 19.6.1980 — IV a ZR 11/80 — LM BGB § 652 Nr. 68 = WM 1980, 1071 unter I 2). Die Grundlage der Fälligkeitsabrede in den Maklerklauseln war durch den Rücktritt von den notariellen Verträgen entfallen, so daß der Fälligkeitszeitpunkt nach dem mutmaßlichen Parteiwillen festzusetzen war. Diese Bestimmung hat der Tatrichter in Anlehnung an den übrigen Inhalt des Vertrages rechtsfehlerfrei vorgenommen.

2. BGB §§ 434, 440 Abs. 1, 326 (Verkauf eines verpachteten Grundstücks)

Endet ein dem Käufer bekanntes Pachtverhältnis nicht zu dem ihm mitgeteilten Zeitpunkt, stehen dem Käufer die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB zu.

BGH, Urteil vom 17.5.1991 — V ZR 92/90 — mitgeteilt von D. Bündschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger kaufte zusammen mit zwei anderen Personen, die ihm ihre Ansprüche gegen den Beklagten abgetreten haben, von dem Beklagten und seiner durch ihn beerbten Ehefrau einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Räumen, die als Gaststätte an eine Brauerei verpachtet waren. Der Kaufpreis in Höhe von 305.000 DM war bis zum 1.4.1982 zu zahlen, anderenfalls zu verzinsen. Die Gewährleistung für Sachmängel wurde ausgeschlossen. Den Käufern war bekannt, daß die Gaststätte noch verpachtet war. Sie erklärten, in alle sich aus dem Pachtvertrag ergebenden Rechte und Pflichten einzutreten. Weiter heißt es:

„Eine evtl. bereits durch die Verkäufer ausgesprochene Kündigung des Pachtvertrages wird von den Käufern anerkannt und bestätigt.“

Die Vertragsverhandlungen führte auf Seiten der Verkäufer der Makler Q., der die Verkäufer auch bei Abschluß des Vertrages vertrat. An ihn zahlte der Kläger auf den Kaufpreis 100.000 DM. Hiervon behielt Q. 5.000 DM für sich. Zur Zahlung des Restkaufpreises setzte der Beklagte den Käufern eine Nachfrist bis zum 15.12.1983 mit dem Hinweis, bei fruchtlosem Ablauf Schadensersatz zu verlangen.

Von dem erhaltenen Geldbetrag zahlte der Beklagte 40.000 DM zurück. Mit seiner Klage verlangt der Kläger Rückzahlung der restlichen Anzahlung von 60.000 DM sowie entgangenen Gewinn in Höhe 16.000 DM und Erstattung von Notarkosten in Höhe von 1.726,08 DM. Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe zugesichert, die verkauften Räume würden bis spätestens Mai 1982 geräumt.

Der Beklagte hält den Rückzahlungsanspruch nur in Höhe von 55.000 DM für berechtigt und hat mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichtzahlung des Restkaufpreises in Höhe von 57.681,58 DM und hilfsweise mit weiteren nutzlosen Aufwendungen für den Kaufvertrag und dessen Rückabwicklung in Höhe von 40.223,93 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von 73.326,08 DM (richtig: 74.326,08 DM) nebst 4% Zinsen verurteilt. Hiergegen wendet sich die Revision, mit der der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Die Abweisung der 4% übersteigenden Zinsforderung von insgesamt 15% ist Gegenstand der Anschlußrevision. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel der anderen Seite zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Beklagte den Klägern vertraglich zugesichert hat, die Gaststätte werde bis spätestens Mai 1982 geräumt. Es vertritt die Auffassung, der Beklagte hafte jedenfalls aus positiver Vertragsverletzung, weil der Zeuge Q. als sein bevollmächtigter Vertreter erklärt habe, daß der Pachtvertrag zum März 1982 ordnungsgemäß gekündigt sei. Diese Erklärung sei falsch gewesen, weil der Zeuge nicht für die ordnungsgemäße Zustellung des Kündigungsschreibens gesorgt habe. Der Kläger könne daher von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes die geltend

gemachten Beträge im wesentlichen ersetzt verlangen, während dem Beklagten keine Ansprüche zustünden.

Dies hält im Ergebnis der Revision zum überwiegenden Teil stand.

II. Hat ein Vertragspartner bei Vertragsschluß über einen bedeutsamen Punkt eine falsche Erklärung abgegeben, so liegt darin in der Regel allerdings keine positive Vertragsverletzung, sondern ein Verschulden bei Vertragsschluß. Ob die Feststellungen des Berufungsgerichts auch einen solchen, durch die Vorschriften über die Rechtsmängelgewährleistung nicht ausgeschlossenen (BGHZ 65, 246, 253 [= MittBayNot 1975, 256]; Senatsurt. v. 21.12.1984, V ZR 206/83, NJW 1985, 2697, 2698 [= DNotZ 1985, 698]) Anspruch tragen, bedarf aber keiner Entscheidung. Denn der Kläger kann die Rückzahlung der restlichen Kaufpreisanzahlung von 5.000 DM sowie Ersatz der aufgewandten Notarkosten und des entgangenen Gewinns jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmängelgewährleistung beanspruchen.

III. Das Bestehen eines Pachtverhältnisses ist nach dem Gesetz grundsätzlich ein Rechtsmangel des verkauften Grundstücks (§§ 434, 571, 581 Abs. 2 BGB).

Hat der Käufer — wie hier — im Kaufvertrag erklärt, den bestehenden Pachtvertrag zu kennen und eine „eventuell bereits durch die Verkäufer ausgesprochene Kündigung“ anzuerkennen und zu bestätigen, so liegt darin kein rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Rechtsmängelhaftung, sondern neben einer etwaigen Genehmigungserklärung das Geständnis, den Mangel im Recht zu kennen. Dies führt zu einer Umkehr der für die Kenntnis an sich dem Verkäufer obliegenden Beweislast. Der Käufer muß also beweisen, daß der Verkäufer ihm erklärt hat, das Pachtverhältnis ende zu einem bestimmten Zeitpunkt (Senatsurt. v. 2.10.1987, V ZR 105/86, WM 1987, 1371 = DNotZ 1988, 308). Hat er, wie das Berufungsgericht feststellt, den Beweis geführt, kann der Verkäufer, wenn das Pachtverhältnis über den von ihm genannten Zeitpunkt hinaus andauert, nicht mehr einwenden, der Käufer habe den Rechtsmangel bei Abschluß des Vertrages gekannt (§ 439 Abs. 1 BGB). Vielmehr irrt der Käufer über den tatsächlichen Umfang des Rechts mit der Folge, daß § 439 BGB insoweit nicht eingreift (Senatsurteile v. 25.2.1972, V ZR 74/69, WM 1972, 556, 557 und v. 2.10.1987, V ZR 105/86, WM 1987, 1371) und der Verkäufer nach Maßgabe der §§ 434, 440 Abs. 1 BGB haftet.

Nach den unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts dauerte das Pachtverhältnis über den dem Kläger bekannten Zeitpunkt hinaus fort. Zwar hat der Zeuge Q. das Kündigungsschreiben in den Räumen der Pächterin einem ihrer Mitarbeiter übergeben oder dort abgelegt. Dies reicht aber für die Annahme, die Kündigungserklärung sei der Pächterin auch zugegangen, nicht aus. Es steht nämlich weder fest, daß der Mitarbeiter entweder Empfangsvertreter oder Empfangsbote (vgl. *Soergel/Hefermehl*, BGB 12. Aufl. § 130 Rdnr. 9) war, noch daß der Zeuge sich einer zur Entgegennahme von Erklärungen bereitgehaltenen Einrichtung bedient hat.

War aber die Kündigung mangels Zugangs unwirksam, kann der Kläger gemäß §§ 434, 440 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB verlangen, weil der Rechtsmangel grundsätzlich behebbare ist.

Die an sich erforderliche Setzung einer Nachfrist für die Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht (vgl. *Soergel/*

Huber, BGB 11. Aufl. § 440 Rdnr. 24) war hier entbehrlich, weil die Pächterin eine Beendigung des Vertragsverhältnisses abgelehnt und sich auch gegen die Räumungsklage zur Wehr gesetzt hatte. In einem solchen Fall wäre die Fristsetzung eine völlig zwecklose und überflüssige Handlung gewesen (RGZ 69, 355, 357), weil der Beklagte zur Behebung des Rechtsmangels offensichtlich außerstande war (Soergel/Huber a. a. O. Rdnr. 26).

Als Nichterfüllungsschaden kann der Kläger sämtliche geltend gemachten Positionen ersetzt verlangen (vgl. Senatsurteil v. 19.4.1991, V ZR 22/90, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Dagegen stehen dem Beklagten aufrechenbare Gegenansprüche aus Verzug nicht zu, weil seine Rechtsmängelhaftung einen Verzug des Klägers mit der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs ausschließt (Senatsurteil v. 18.1.1991, V ZR 11/90, NJW 1991, 1048 = MittBayNot 1991, 76).

IV. ...

3. BGB § 242; AGBG § 9; ErbbauVO § 2 (Formulärmäßige Verpflichtung des Erbbauberechtigten zum Ankauf des Grundstücks)

Die Formulklausel in einem Wohnzwecken dienenden Erbbaurechtsvertrag, daß der Erbbauberechtigte — nach Ablauf von zehn Jahren — jederzeit auf Verlangen des Grundstückseigentümers zum Ankauf des Erbbaugrundstücks verpflichtet ist, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Erbbauberechtigten unwirksam. Dies gilt auch, wenn der Vertrag schon vor Einführung des AGB-Gesetzes geschlossen worden ist.

BGH, Urteil vom 17.5.1991 — V ZR 140/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind als gemeinschaftliche Erben des am 20.4.1985 verstorbenen Friedrich M. Eigentümer eines Grundstücks, das der Erblasser seinerseits von seiner Mutter geerbt hatte. Diese hatte an dem Grundstück durch notariellen Vertrag vom 7.11.1957 den Beklagten für die Dauer von 99 Jahren, beginnend am 1.1.1958, ein Erbbaurecht bestellt. In § 11 des Vertrages verpflichteten sich die Beklagten, auf Verlangen der Eigentümerin nach Ablauf von 10 Jahren jederzeit das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück zu dem dann angemessenen Preis käuflich zu erwerben. Die Höhe des Kaufpreises sollte im Streitfall durch Sachverständige ermittelt werden. Anfang 1987 verlangten die Kläger von den Beklagten den Ankauf. Den Verkehrswert des — von den Beklagten mit einem Einfamilienhaus bebauten — Grundstücks schätzten zwei Sachverständige, von denen einer von den Klägern und einer von den Beklagten benannt war, in einem am 6.9.1988 erstatteten Gutachten auf 105.000 DM.

Mit der Klage haben die Kläger beantragt, die Beklagten zur Abgabe eines Ankaufsangebots zu einem Preis von 105.000 DM, zahlbar Zug um Zug gegen Eigentumsumschreibung, zu verurteilen. Hilfsweise haben sie Verurteilung der Beklagten zur Annahme eines entsprechenden Kaufangebots, beides in notarieller Form, und zur Zahlung von 105.000 DM nach Vertragsabschluß Zug um Zug gegen Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung beantragt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Ankaufverlangen der Kläger beruhe zwar auf einer wirksamen vertraglichen Regelung, verstoße aber gegen Treu und Glauben, weil es erst nach fast 30 Jahren und damit nach Ablauf von nahezu schon einem Drittel der vereinbarten Dauer des Erbbaurechts geltend gemacht worden sei.

Ob das angefochtene Urteil mit dieser Begründung der Revision standhält, kann offenbleiben, denn es ist im Ergebnis richtig, weil die Ankaufsklausel unwirksam ist.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine im Erbbaurechtsvertrag schuldrechtlich getroffene Vereinbarung, daß der Erbbauberechtigte auf Verlangen des Eigentümers zum Ankauf des Erbbaugrundstücks verpflichtet ist, grundsätzlich zulässig (BGHZ 68, 1 [= MittBayNot 1977, 59 = DNotZ 1977, 629]; 75, 15 [= MittBayNot 1979, 158 = DNotZ 1979, 733]; Urteil v. 22.2.1980, V ZR 135/76; WM 1980, 877 [= MittBayNot 1980, 110 = DNotZ 1981, 261] und v. 14.10.1988, V ZR 175/88, NJW 1989, 2129, 2131). Anstößig ist jedoch eine übermäßig lange oder sich gar, wie vorliegend, auf die volle Laufzeit des Erbbaurechts erstreckende Bindungsdauer des Kaufzwanges, wie der Senat in BGHZ 68, 1, 5 f. und im Urteil vom 22.2.1980 (a. a. O.) ausgesprochen hat. Die Vereinbarung ist dann allerdings nach dieser Rechtsprechung in der Regel nicht insgesamt unwirksam, sondern auf die im Einzelfall angemessene Bindungsdauer zu beschränken und insoweit entsprechend § 139 BGB wirksam. Dies gilt jedoch nur für Individualvereinbarungen, nicht hingegen für Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihnen gleichstehende Formulklauseln. Darum aber geht es hier.

2. Der Erblasser und seine Mutter haben seinerzeit mindestens 20 Erbbaurechtsverträge mit einer Kaufpflichtabrede gleichen Inhalts wie hier geschlossen. Das ist im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, auf den das Berufungsurteil Bezug nimmt, als unstreitig festgestellt und von den Klägern auch in der Berufungsinstanz nicht bestritten worden. Daher ist — auch wenn das Berufungsgericht dies lediglich unterstellt — davon auszugehen, daß die von dem Grundstückseigentümer in einer Vielzahl von Verträgen gleichlautend verwendete Klausel den Beklagten formulärmäßig abverlangt worden ist. Daß sie im vorliegenden Fall etwa im einzelnen ausgehandelt worden ist, haben die dafür darlegungspflichtigen Kläger nicht behauptet. Die Klausel unterliegt deshalb der Inhaltskontrolle nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen. Zwar wurde der Vertrag bereits vor Einführung des AGB-Gesetzes vom 9.12.1976 geschlossen, so daß dessen Bestimmungen nicht anwendbar sind (§ 28 AGBG); indes bestand auch früher schon nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes — in einer jetzt den Maßstäben der §§ 3, 9 AGBG vergleichbaren Weise — gemäß § 242 BGB das Erfordernis einer Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. z. B. BGHZ 17, 1, 3; 22, 90, 94 ff.; 41, 151; 62, 251; 75, 15, 20). Diese Prüfung hat das Revisionsgericht von sich aus vorzunehmen.

Das Berufungsgericht hält die Vereinbarung einer Ankaufspflicht der Beklagten nicht für eine überraschende Klausel, weil diese Bestandteil eines vom Notar beurkundeten und verlesenen, übersichtlichen und verständlichen Vertrages sei. Dem ist zu folgen. Zwar kann trotz notarieller Beurkundung und der dabei nach §§ 13 Abs. 1, 17 Abs. 1 BeurkG gebotenen Verlesung und Belehrung eine Klausel überraschenden Charakter haben (BGHZ 75, 15, 20 ff.); hier läßt sich jedoch weder aus dem äußeren Erscheinungsbild der Vertragsurkunde noch aus anderen Umständen die Annahme herleiten, die Beklagten könnten überrumpelt worden sein.

3. Die Klausel hat aber einen unangemessenen, nach Treu und Glauben zu mißbilligenden Inhalt, weil sie den Erbbauberechtigten für die ganze Dauer des Erbbaurechts von 99 Jah-

ren dem Zwang aussetzt, auf Verlangen des Eigentümers jederzeit — abgesehen von den ersten zehn Jahren — das Erbbaugrundstück kaufen zu müssen.

Eine Ankaufspflicht des Erbbauberechtigten widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts, denn § 2 Nr. 7 ErbbaVO sieht als Teil des vertragsmäßigen Inhalts nur ein Ankaufsrecht vor. Wenngleich dadurch die bloß schuldrechtlich wirkende Abrede einer Ankaufspflicht nicht ausgeschlossen ist, so muß doch eine Allgemeine Geschäftsbedingung dieses Inhalts bei dem daran anzulegenden generellen Prüfungsmaßstab (BGHZ 83, 169, 177; 105, 24, 31; 110, 241, 244 [= DNotZ 1990, 561]) den Belangen eines Erbbauberechtigten Rechnung tragen. Bei der Ausgabe eines, wie hier, Wohnzwecken dienenden Erbbaurechts muß daher eine Kaufzwangsklausel so ausgestaltet sein, daß sie für einen in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Erbbaurechtserwerber erträglich ist. Für einen solchen Erwerber ist es unbillig, wie der Senat schon für Individualverträge dargelegt hat (Urt. v. 22.2.1980, a. a. O.), wenn ihm keine angemessene Frist zur Beschaffung des Kaufpreises zugestanden wird. Das ist hier der Fall, weil die Klausel den Erbbauberechtigten „jederzeit“ auf Verlangen des Eigentümers zum Ankauf verpflichtet. Der Umstand, daß die Höhe des Kaufpreises bei Nichteinigung der Beteiligten erst in einem Schiedsgutachtenverfahren ermittelt werden muß und daß dann zwangsläufig ein gewisser Zeitraum zwischen Ankaufsverlangen und Kaufabschluß liegt, gleicht die Unbilligkeit nicht aus. Könnte sich der Erbbauberechtigte nur auf diese Weise eine Frist zur Aufbringung der Geldmittel verschaffen, so wäre er genötigt, allein deswegen eine Einigung über die Kaufpreishöhe abzulehnen, mit der vertraglichen Folge, daß er sich zur Hälfte an den Sachverständigenkosten beteiligen müßte. Schon aus diesem Grunde entspricht eine Kaufzwangsklausel nicht der Billigkeit, wenn darin weder für das Ankaufsverlangen eine Ankündigungsfrist noch für die Kaufpreiszahlung eine Fälligkeitsfrist in einer normalerweise den Bedürfnissen des Erbbauberechtigten angemessenen Länge zugestanden ist. Eine Ankündigungsfrist von sechs Monaten hat der Senat im Urteil vom 22.2.1980 (a. a. O.) für angemessen gehalten. Ob zusätzlich dem Erbbauberechtigten noch eine Zahlungsfrist im Hinblick darauf eingeräumt werden muß, daß er bei Streit über den Verkehrswert des Grundstücks erst aus der vertraglich vorgesehenen Wertermittlung durch Schiedsgutachten Klarheit über die Kaufpreishöhe erhält und sich dann erst hierauf einzurichten vermag, kann offenbleiben, da hier die Klausel überhaupt keine Frist zugesteht.

Die Ankaufspflicht darf auch nicht — wie hier geschehen — an die volle Dauer eines langfristigen Erbbaurechts gebunden werden. Eine solche Bindung benachteiligt den Erbbauberechtigten insbesondere deshalb, weil er mit fortschreitendem Zeitablauf in ein Alter kommen kann, in welchem er aus dem Berufsleben ausgeschieden ist und daher unter Umständen den Grundstückskaufpreis nur noch unter erheblichen Opfern aufzubringen in der Lage ist (so schon die Erwägung im Senatsurt. v. 22.2.1980, a. a. O.). Wird dann erst der Ankauf verlangt, was die Klausel ermöglichen würde, so erhält der Erbbauberechtigte zwar eine Gegenleistung für den Kaufpreis im gleichen Wert, wäre aber nunmehr im Falle einer erforderlichen Kaufpreisfinanzierung mit Tilgungs- und Zinsraten in einer Höhe belastet, daß seine Altersversorgung gefährdet sein könnte. Eine deswegen etwa nötige Weiterveräußerung zu einem Kaufpreis, der zur Deckung der aufgenommenen Verbindlichkeiten ausreicht, könnte

womöglich nur bei Löschung des (Eigentümer-)Erbbaurechts gelingen, so daß Haus und Wohnung verlorengehen würden.

Ein solches Risiko darf eine Kaufzwangsklausel dem Erbbauberechtigten nicht aufbürden. Er muß nach Ablauf der gebotenen — hier in der Klausel berücksichtigten — zehnjährigen Schonfrist in einem überschaubaren und berechenbaren Zeitraum Gewißheit haben, ob das Ankaufsverlangen geltend gemacht wird oder ob er sich endgültig auf den Fortbestand des Erbbaurechts einrichten kann. Welche Frist dafür bei einem Wohnzwecken dienenden Erbbaurecht der Billigkeit entspricht, braucht hier nicht entschieden zu werden, da die ausbedungene Klausel ein Ankaufsverlangen „jederzeit“ und deshalb bis zum Ende des Erbbaurechts ermöglicht.

4. Die Formulklausel ist daher unwirksam. Sie kann, anders als eine gleichartige Individualvereinbarung (BGHZ 68, 1, 6; Senatsurt. v. 22.2.1980, a. a. O.), nicht mit einem Inhalt aufrechterhalten werden, der angemessen gewesen wäre. Nur unter der Voraussetzung, daß sich eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder Formulklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus sinnvoll und verständlich in einen inhaltlich zulässigen und in einem unzuverlässigen Regelungsteil trennen läßt, ist der zulässige Teil wirksam (BGHZ 109, 197, 203 [= MittBayNot 1990, 103 = DNotZ 1990, 554]; so auch schon vor Geltung des AGBG: BGH, Urt. v. 19.4.1972, VIII ZR 30/71, NJW 1972, 1227, 1228; BGHZ 106, 19, 25 f. [= MittBayNot 1989, 83 = DNotZ 1989, 609]). Eine solche Aufgliederung läßt die vorliegende Klausel nicht zu. Denn hier müßte das Gericht die unwirksame Regelung vertragsgestaltend auf einen Inhalt zurückführen, der noch als hinnehmbar erscheinen könnte. Eine dahingehende geltungserhaltende Reduktion verbietet sich (BGHZ 72, 206, 208; 84, 109, 115 ff.; 92, 312, 314 f; 96, 18, 25).

4. BGB §§ 747 Satz 1, 928 Abs. 1 (Kein Verzicht auf einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück)

Ein Miteigentumsanteil am Grundstück kann nicht entsprechend § 928 Abs. 1 BGB durch Verzicht aufgegeben werden.

BGH, Urteil vom 7.6.1991 — V ZR 175/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die G.-gesellschaft mbH (G.) veräußerte im Jahre 1965 24 mit Einfamilienhäusern bebaute Grundstücke sowie jeweils einen 1/24 Miteigentumsanteil an zwei Privatstraßengrundstücken. Die notariellen Kaufverträge enthielten gleichlautend folgende Bestimmung:

„§ 13

III. Die Unterhaltung und Erneuerung der Privatstraßen einschließlich der Bürgersteige, Fahrbahnen sowie der Entwässerungs- und Schmutzwasserleitungen jeweils bis zum Hausanschluß obliegen allen Miteigentümern. Die Käufer übernehmen gesamt-schuldnerisch mit den übrigen Miteigentümern die Verpflichtung, die für die Unterhaltung oder Erneuerung entstehenden Kosten für den von ihnen zu 1/24 erworbenen Anteil zu tragen.“

„§ 17

VI. Sämtliche Verpflichtungen und Bestimmungen dieses Kaufvertrages gelten auch für die Rechtsnachfolger der Käufer und der G. Sie haben sie daher ihrem jeweiligen Rechtsnachfolger aufzuerlegen und diesen wiederum entsprechend zu verpflichten.“

Durch notariellen Vertrag vom 25.11.1980 veräußerte die Erwerberin A. ihr an einer öffentlichen Straße gelegenes Hausgrundstück und ihren 1/24 Miteigentumsanteil an den privaten Straßengrundstücken den Beklagten zu 1 und 2 mit der Abrede, daß die Käufer sämtliche im

Erstkaufvertrag mit der G. enthaltenen Verpflichtungen übernehmen und diese auch ihren Rechtsnachfolgern aufzuerlegen haben. Die Beklagten zu 3 und 4 erwarben im Jahre 1976 von einem der ursprünglichen Käufer dessen ebenfalls an einer öffentlichen Straße befindliches Hausgrundstück und den 1/24 Miteigentumsanteil an den Privatstraßengrundstücken, jedoch ohne die vorgenannte Verpflichtungsvereinbarung.

Im Jahre 1984 erklärten die Beklagten gegenüber dem Grundbuchamt den Verzicht auf ihr Miteigentum an den Privatstraßengrundstücken; der Verzicht wurde in das Grundbuch eingetragen.

Die Kläger, die Miteigentümer und Anlieger dieses Grundstücks sind, halten den Verzicht für unwirksam. Sie haben die Feststellung beantragt, daß die Beklagten zur Erhaltung und Erneuerung der Privatstraßen einschließlich der Bürgersteige, Fahrbahnen sowie der Entwässerungs- und Schmutzwasserleitungen jeweils bis zum Hausanschluß beizutragen, die Kosten der hierzu erforderlichen Maßnahmen entsprechend ihren Miteigentumsanteilen aufzubringen und diese Verpflichtungen ihren Rechtsnachfolgern im Eigentum aufzuerlegen haben. Darüber hinaus haben die Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die Löschung der Verzichtseintragung herbeizuführen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, ausgenommen den gegen die Beklagten zu 3 und 4 gestellten Antrag auf Feststellung, ihren Rechtsnachfolgern die Verpflichtung zur Beteiligung an der Erhaltung und Erneuerung der Privatstraßen und zur anteiligen Kostentragung weiterzugeben. Die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht zurückgewiesen.

Die — zugelassenen — Revisionen hatten Erfolg nur insoweit, als die Beklagten zu 1 und 2 zur Weitergabe der Kostenbeteiligungspflicht an Rechtsnachfolger im Eigentum an dem Hausgrundstück und nicht lediglich an Nachfolger an dem Miteigentumsanteil an den Privatstraßen im Rahmen des Feststellungsantrages verurteilt worden sind.

Aus den Gründen:

I. Revision der Beklagten zu 1 und 2:

1. ...

Zu Unrecht meint die Revision, der im Kaufvertrag vom 25.11.1980 enthaltenen Verweisung auf den notariellen Vertrag vom 24.8.1965 lasse sich kein auslegungsfähiger Inhalt entnehmen, weil dieser Vertrag den Beklagten nicht bekannt gewesen sei.

Nach dem Wortlaut des von den Beklagten geschlossenen Kaufvertrages haben sie „sämtliche“ Verpflichtungen der Verkäuferin aus deren Kaufvertrag mit der G. übernommen. Davon geht das Berufungsgericht aus. Die einschränkende Auslegung dieser Schuldübernahme auf solche Verpflichtungen, die sich nicht „auf den eigentlichen Erwerbsvorgang bezogen und durch dessen Abwicklung gegenstandslos geworden waren“; versteht sich insoweit von selbst, als Gegenstand einer Schuldübernahme nicht bereits erloschene Pflichten des Schuldners sein können. Das Berufungsgericht nimmt allerdings an, die Schuldübernahme habe auch nicht Verpflichtungen erfassen sollen, die nur den „unmittelbaren damaligen Erwerb des Grundstücks betrafen“. Als darunter fallende Verpflichtungen nennt der Tatrichter u. a. die Pflicht der Voreigentümerin zur Kaufpreiszahlung, zur Übernahme bestimmter Grundpfandrechte und Kosten, Zinsverpflichtungen, Pflicht zur Zahlung von Verwaltungsgebühren, Versicherungspflichten, Baubeschränkungen und bestimmte Duldungspflichten. Der Revision ist zuzugeben, daß aus dem objektiven Erklärungswert der Schuldübernahmevereinbarung keine Differenzierung zwischen zu übernehmenden und nicht zu übernehmenden Pflichten hervorgeht und auch kein Anhaltspunkt für einen diesbezüglichen übereinstimmenden Parteiwillen ersichtlich ist; denn die Beklagten konnten ohne Kenntnis der im einzelnen den Gegenstand der Schuldübernahme bildenden Pflichten keine Differenzierung vornehmen.

Dies bedeutet indessen nicht, daß die Schuldübernahme wirkungslos ist. Da sie sich nach ihrem unzweideutigen Wortlaut auf „sämtliche im Vertrag vom 24.8.1965 enthaltenen Verpflichtungen“ erstreckt, sind davon ausnahmslos alle im Zeitpunkt der Übernahme etwa noch bestehenden Vertragspflichten der Voreigentümerin erfaßt worden. Diese Auslegung kann das Revisionsgericht selber vornehmen, da hierzu tatsächliche Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22). Unerheblich für die Auslegung ist, ob sich die Beklagten mangels Kenntnis des Inhalts der im einzelnen übernommenen Pflichten über die Tragweite der Schuldübernahme im Unklaren waren; denn ein diesbezüglicher Irrtum hätte nur eine Anfechtung der Erklärung begründen können (§ 119 BGB).

Somit haben die Beklagten zu 1 und 2, worauf es hier ankommt, auch die von der Voreigentümerin im Vertrag mit der G. eingegangene Verpflichtung zur anteilmäßigen Kostenbeteiligung an den die Privatstraßen betreffenden Erhaltungsmaßnahmen übernommen. Die tatrichterliche Auslegung der Verpflichtungsabrede als einer zugunsten der jeweiligen anderen Miteigentümer getroffenen Vereinbarung (§ 328 BGB) ist nicht zu beanstanden. Dieser von ihnen vertraglich übernommenen Verpflichtung konnten sich die Beklagten nicht durch Verzicht auf ihren Miteigentumsanteil entziehen. Auch wenn ein solcher Verzicht, was noch zu erörtern ist, in entsprechender Anwendung von § 928 Abs. 1 BGB sachenrechtlich möglich sein sollte, blieben die Beklagten an die schuldrechtliche Vereinbarung gebunden, da sie hiervon nur durch Erfüllung der ebenfalls übernommenen Pflicht der Voreigentümerin, die anteilige Verpflichtung zur Kostenbeteiligung einem Rechtsnachfolger aufzuerlegen, befreit worden wären.

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse der Kläger an alsbaldiger Feststellung der auch ihnen persönlich gegenüber obliegenden Pflicht der Beklagten zur Kostenbeteiligung steht außer Frage. Es ergibt sich daraus, daß die Beklagten diese Pflicht in Abrede stellen, die Entstehung diesbezüglicher Kosten aber unstreitig zu erwarten ist.

2. Zulässig und begründet ist nach Auffassung des Berufungsgerichts auch der Antrag auf Feststellung, daß die Beklagten zu 1 und 2 verpflichtet seien, die von der Voreigentümerin übernommene Pflicht zur Beteiligung an den Erhaltungskosten einem eigenen Rechtsnachfolger aufzuerlegen und diesen wiederum zur Weitergabe an dessen Nachfolger zu verpflichten. Dabei geht das Berufungsgericht — entsprechend dem Klageantrag — davon aus, den Beklagten obliege diese Verpflichtung im Falle einer Weiterübertragung des von der Voreigentümerin erworbenen Hausgrundstücks T.-straße 27, also nicht nur bei Mitübertragung des Bruchteilseigentums an den Straßenparzellen. Insoweit hat zwar die Revision keine Rüge erhoben, die tatrichterliche Vertragsauslegung ist jedoch auch ohne Rüge vom Revisionsgericht darauf zu prüfen, ob sie anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt (Senatsurt. v. 8.12.1989, V ZR 53/88, WM 1990, 423 [= DNotZ 1990, 592]). Das ist hier der Fall.

Nach § 13 III des Kaufvertrages vom 24.8.1965 hatte sich die Käuferin A. verpflichtet, die Kosten der allen Miteigentümern der Privatstraßen obliegenden Unterhaltung und Erneuerung der Straßen einschließlich der Bestandteile für den von ihr zu 1/24 erworbenen Anteil zu tragen. Diese Regelung macht schon nach ihrem Wortlaut deutlich, daß sich die Käuferin nur als Erwerberin des Miteigentumsanteils zur Kostenbeteiligung verpflichtet hatte. Jedenfalls aber läßt

der anerkannte Grundsatz einer interessengerechten Auslegung (BGH, Urt. v. 3.12.1980, VIII ZR 300/79, NJW 1981, 1549, 1550; BGHZ 109, 19, 22; Senatsurt. v. 8.2.1991, V ZR 14/90, S. 11 — unveröffentlicht) kein anderes Verständnis zu. Denn nur der Kauf des Miteigentumsanteils an den Straßenparzellen, nicht der Kauf des Hausgrundstücks, konnte Anlaß geben, zu den Gemeinschaftskosten anteilig beizutragen. Folgerichtig erstreckte sich, was diesen Kostenanteil betrifft, die von der Käuferin gemäß § 17 VI des Vertrages eingegangene Verpflichtung, die eigenen Vertragspflichten einem Rechtsnachfolger zu übertragen, lediglich auf einen nachfolgenden Erwerber des Miteigentums. Die gleiche Pflicht haben daher die Beklagten in dem Vertrag vom 25.11.1980 übernommen.

Schlüssig ist der Feststellungsantrag somit nur mit der Einschränkung, daß die Beklagten die übernommene Beitragspflicht lediglich einem Rechtsnachfolger am Miteigentumsanteil aufzuerlegen haben. Der dem nicht entsprechende Antrag beruhte ersichtlich auf der Fehlvorstellung, daß eine Veräußerung des Hausgrundstücks die Übertragung des Miteigentumsanteils einschließe. Deshalb ist — worauf der Senat in der Revisionsverhandlung unwidersprochen hingewiesen hat — die Auslegung berechtigt, daß die Kläger im Ergebnis mit dem Antrag in beider Hinsicht den Rechtsnachfolger meinten, so daß sich der Antrag auf den schlüssigen Teil eingrenzen läßt.

Insoweit ist der Antrag zulässig und begründet. Seine Berechtigung wäre nur dann fraglich, wenn der Verzicht auf den Miteigentumsanteil wirksam wäre. Denn dann gäbe es auf Dauer keinen Rechtsnachfolger, weil das allein dem Fiskus zustehende Aneignungsrecht (§ 928 Abs. 2 BGB) bei dessen Ausübung einen originären und keinen von den Beklagten abgeleiteten Erwerb darstellen würde. In Betracht käme hier nach nur ein Schadensersatzanspruch der Kläger, dessen Feststellung indes nicht beantragt ist. Der Senat ist jedoch, wie noch ausgeführt wird, der Ansicht, daß der Verzicht unwirksam ist. Demnach ist den Beklagten die Weitergabe ihrer Beitragspflicht an einen etwaigen Rechtsnachfolger möglich. Da die Beklagten eine Pflicht zur Weitergabe bestreiten und die Klärung dieser Frage einen künftigen Rechtsstreit vermeidet, besteht auch ein Feststellungsinteresse.

3. Den Anspruch der Kläger gegen die Beklagten zu 1 und 2, die Löschung der Eintragung des von ihnen erklärten Verzichts auf ihren Miteigentumsanteil an den Straßenparzellen herbeizuführen, hält das Berufungsgericht gem. § 1004 BGB für begründet. Es meint, der Verzicht sei unwirksam, weil ein Miteigentümer im Hinblick auf die ihn nach § 748 BGB treffende Pflicht zur anteilmäßigen Beteiligung an den gemeinschaftlichen Kosten nur im Wege des in §§ 749 ff. BGB geregelten Aufhebungsverfahrens aus der Gemeinschaft ausscheiden könne.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Eigentum an einem Grundstück kann nach § 928 Abs. 1 BGB dadurch aufgegeben werden, daß der Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt den Verzicht erklärt und dieser in das Grundbuch eingetragen wird. Umstritten ist, ob dementsprechend auch Miteigentum an einem Grundstück aufgegeben werden kann. Die im Schrifttum überwiegende Meinung bejaht dies (so u. a. *Walsmann*, Der Verzicht, 1912, S. 264; *Planck/Streckler*, BGB, 5. Aufl. § 928 Anm. 10; *Staudinger/Ertl*, BGB, 12. Aufl. § 928 Rdnr. 6; BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl., § 928 Rdnr. 2; MünchKommK./*Schmidt*, 2. Aufl.,

§ 747 Rdnr. 15 und § 1008 Rdnr. 16; MünchKommK./*Kanzleiter*, a. a. O., § 928 Rdnr. 2; AK-BGB/*von Schweinitz*, § 928 Rdnr. 4; *Eickmann* in *Westermann*, Sachenrecht Bd. II, 6. Aufl., § 103, 1). Die Gegenansicht hält eine Anwendung des § 928 Abs. 1 BGB mit der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses für unvereinbar (KG, OLGZ 1988, 355, 358 = NJW 1989, 42; *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der Gesamthänderischen Bindung, 1972, S. 122 ff.; *Staudinger/Huber*, a. a. O., § 747 Rdnr. 14; *Palandt/Bassenge*, BGB, 50. Aufl. § 928 Rdnr. 1; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 928 Rdnr. 1; *Bärwaldt*, JuS 1990, 788, 789 f.; zum Verzicht auf Wohnungseigentum vgl. BayObLG, WuM 1991, 298 [= MittBayNot 1991, 117]). Diesem auch vom Berufungsgericht vertretenen Standpunkt schließt sich der Senat im Ergebnis an.

Das Recht zum Verzicht auf das Eigentum ist Ausfluß der dem Eigentümer nach § 903 BGB zustehenden Befugnis, mit der ihm gehörenden Sache nach Belieben zu verfahren, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Miteigentum nach Bruchteilen ist seinem Wesen nach dem Alleineigentum gleichartig (Mot. III S. 442; BGHZ 36, 365, 368). Bei einer nur auf das Sachenrecht bezogenen Betrachtungsweise ließe sich daher eine entsprechende Anwendung des § 928 BGB auf Miteigentum rechtfertigen. Eine ausdrückliche dahingehende Regelung hatte der erste Entwurf zum BGB in dem damaligen § 950 vorgesehen (*Mugdan*, Materialien zum BGB, III. Bd., S. XX und S. XXXVII; Mot. III S. 443); diese Bestimmung ist jedoch im zweiten Entwurf mit der Begründung gestrichen worden, die Klärung dieser Frage könne wegen ihrer praktisch sehr geringen Bedeutung Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten bleiben (*Mugdan* a. a. O., S. 702 f.). Aus der Entstehungsgeschichte des § 928 BGB ergibt sich daher weder etwas für noch gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Grundstücksmiteigentum. Auch die im Berufungsurteil angeführten §§ 1095, 1106, 1114 BGB besagen nichts gegen eine Gleichstellung von Eigentum und Miteigentum.

Miteigentum nach Bruchteilen unterscheidet sich vom Alleineigentum jedoch in der Weise, daß der Miteigentümer nur einen ideellen Anteil an der Sache hat und daß daher alle Miteigentümer in einer Gemeinschaft verbunden sind, die nach dem Gesetz Rechte und Pflichten zwischen den Teilhabern begründet. Zwar kann nach § 747 Satz 1 BGB jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen; eine Verfügung wäre auch der Verzicht auf den Anteil. Damit beantwortet sich aber noch nicht die Frage, ob auf Miteigentum verzichtet werden kann. Maßgebend dafür, ob § 747 Satz 1 BGB in die Verfügungsbefugnis das Recht zum Verzicht einbezieht, ist vielmehr, ob die Auswirkungen eines Verzichts mit der sonstigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und mit der gesetzlichen Interessenbewertung im Einklang stehen. Das ist zu verneinen.

Die das Gemeinschaftsverhältnis bestimmenden Vorschriften sind darauf angelegt, daß jeder Miteigentumsanteil einen Rechtsträger hat. Nach § 748 BGB ist jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Könnte sich ein Teilhaber dieser Verpflichtung durch Verzicht auf seinen Miteigentumsanteil entledigen, so müßten die anderen Teilhaber zwangsläufig einen entsprechend höheren Beitrag leisten, ohne daß ihnen jener Anteil zuwüchse; denn der aufgegebenen Anteil wäre herrenlos und unterläge nach § 928 Abs. 2 BGB nur dem Aneignungsrecht

des Fiskus. Die Mehrbelastung der verbleibenden Teilhaber ließe sich nicht deswegen rechtfertigen, weil ihr Recht zur Nutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht mehr durch das Recht des ausgeschiedenen Teilhabers zur Mitnutzung beschränkt wäre. Die anteilige Beitragspflicht aller Miteigentümer beruht nämlich nicht nur auf dem jeden von ihnen zustehenden Recht zur Nutzung der gemeinschaftlichen Sache, sondern auch darauf, daß der für das Gemeinschaftseigentum anfallende Kostenaufwand der Werterhaltung jedes Miteigentumsanteils zugute kommt. Da der aufgegebene Anteil aber den verbleibenden Miteigentümern nicht zuwuchse, würde ihnen dessen Wert dann auch nicht bei einer von ihnen herbeigeführten Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung des Grundstücks und durch Teilung des Erlöses (§ 753 Abs. 1 BGB) zufallen. Denn der Versteigerungserlös tritt als dingliches Surrogat an die Stelle des Grundstücks (BGHZ 58, 99, 102) und damit aller Miteigentumsanteile. Das Aneignungsrecht des Fiskus an dem aufgegebenen Miteigentumsanteil würde sich deshalb an dem Erlösanteil fortsetzen.

Auf der anderen Seite gewährleistet das Gesetz, daß kein Miteigentümer gegen seinen Willen an die Gemeinschaft gebunden bleibt. Denn nach § 749 Abs. 1 BGB kann jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern nicht die Teilhaber durch Vereinbarung in den nach § 749 Abs. 2 BGB zulässigen Grenzen, dann auch mit Wirkung für einen Sondernachfolger (§ 751 Satz 1 BGB), dieses Recht freiwillig eingeschränkt haben. Daher ist auch für denjenigen Teilhaber, der an der Werterhaltung seines Miteigentumsanteils kein Interesse hat, der gesetzeskonforme Weg zur Loslösung von der Gemeinschaft deren Aufhebung und nicht der Verzicht auf den Anteil. Die Anwendung des § 928 BGB läßt sich nicht aus dem Ausnahmefall herleiten, daß sich ein Grundstück mangels Abgabe von Geboten auch einmal als nicht versteigerungsfähig erweisen kann und daß dann — wenn nicht die Teilhaber gemeinsam auf das Grundstück insgesamt verzichten — die Gemeinschaft bestehen bleibt. Denn das Gesetz geht von dem Regelfall der Vollziehbarkeit eines Aufhebungsverlangens aus. Nur daran ist mithin die Beurteilung der Frage zu messen, ob auf Miteigentum verzichtet werden kann.

Aus der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses ergibt sich somit, daß jeder Teilhaber zur Wahrung des Rechts der anderen Teilhaber, nur nach dem Verhältnis ihrer Anteile die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums tragen zu müssen, an die Gemeinschaft bis zu deren Aufhebung gebunden ist. Eine Befugnis zum Verzicht auf einen Miteigentumsanteil in entsprechender Anwendung von § 928 BGB ist daher nicht anzuerkennen. Folglich ist der hier erklärte und eingetragene Verzicht unwirksam.

b) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die Kläger als Gemeinschaftler von den Beklagten verlangen können, dem Grundbuchamt gegenüber die Löschung der inhaltlich unzulässigen Verzichtseintragung zu bewilligen und zu beantragen.

Unentschieden bleiben kann, ob sich der Berichtigungsanspruch aus einer analogen Anwendung des § 894 BGB rechtfertigt (so KG, OLGZ 1988, 355, 359) oder aus § 1004 Abs. 1 BGB, wie das Berufungsgericht annimmt. Der Anspruch ergibt sich jedenfalls aus § 242 BGB aufgrund des zwischen den Teilhabern bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses. Jeder Teilhaber hat ein berechtigtes Interesse daran, daß im Grundbuch die unrichtige Eintragung beseitigt und damit die wahre Eigentumslage verlaublich wird.

Zu den dafür nötigen Erklärungen sind die Beklagten verpflichtet, weil sie die unrichtige Eintragung herbeigeführt haben.

II. Revision der Beklagten zu 3 und 4:

1. Die Feststellung, daß die Beklagten verpflichtet sind, zur Unterhaltung und Erneuerung der Straßen beizutragen und 1/24 der dafür nötigen Kosten zu tragen, rechtfertigt sich aus § 748 BGB, da ihr Verzicht auf den Miteigentumsanteil, wie dargelegt, unwirksam ist. . . .

2. Die Verurteilung der Beklagten zu 3 und 4, die Löschung ihres Verzichts auf den Miteigentumsanteil herbeizuführen, ist aus denselben Gründen berechtigt wie die gleiche Verurteilung der Beklagten zu 1 und 2.

5. WEG §§ 10 Abs. 1, 21 Abs. 1, 23 Abs. 1 (*Beschluß über pauschalierten Verzugschaden bei verspäteter Hausgeldzahlung*)

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht befugt, durch Mehrheitsbeschluß auf rückständige Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums unabhängig von Eintritt und Höhe eines Verzugschadens pauschal 10% Zinsen zu erheben, es sei denn, sie wäre dazu durch Teilungserklärung oder Vereinbarung ermächtigt.

BGH, Beschluß vom 11.7.1991 — V ZB 24/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Wohnungseigentümergeinschaft beschloß am 10.7.1986 mit Mehrheit u. a., daß später als am dritten Werktag des auf den Beschluß folgenden Monats eingehende Abrechnungsrückstände und Sonderumlagen von säumigen Wohnungseigentümern ohne Nachweis eines Schadens und später als am dritten Werktag jeden Monats eingehende Zahlungen auf das laufende Wohngeld ohne Nachweis eines konkreten Schadens mit 10% jährlich zu Händen der Gemeinschaft zu verzinsen seien. Dagegen hat die Beteiligte zu 1 Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit der Begründung gestellt, daß in der Verpflichtung, pauschal 10% Fälligkeitszinsen auf rückständige Kosten- und Lastenbeiträge zu entrichten, die unzulässige Einführung einer Gemeinschaftsstrafe liege.

Das Amtsgericht hat den Anfechtungsantrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin den Gemeinschaftsbeschluß u. a. insoweit für ungültig erklärt, als er die Einführung der Zinspflicht betrifft. Dazu hat das Landgericht ausgeführt, die Wohnungseigentümergeinschaft könne Ansprüche gegen einzelne Wohnungseigentümer auf pauschalierte Verzugszinsen nicht durch Mehrheitsbeschluß begründen, weil derartige Zahlungspflichten über die gesetzlichen Beiträge gemäß § 16 Abs. 2 WEG hinausgingen.

Dem möchte das Kammergericht, welches über andere Streitpunkte durch Teilbeschluß entschieden hat, beitreten und insoweit die sofortige weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3 zurückweisen. Daran sieht es sich durch die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 3.3.1988 — BReg 2 Z 104/87 = BayObLGZ 1988, 54 ff. und vom 16.5.1986 — 2 Z 68/85 = ZMR 1986, 297 f. = WE 1987, 46 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist gemäß §§ 43 ff. WEG i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG statthaft. . . .

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, § 22 Abs. 1, §§ 27, 29 FGG zulässig. Sie ist in dem noch rechtshängigen Umfang jedoch unbegründet.

Die angefochtene Regelung überschreitet die gesetzliche Zuständigkeit der Wohnungseigentümerversammlung. Der Mehrheitsbeschluß verletzt § 10 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 1 WEG und ist daher vom Beschwerdegericht zu Recht nach § 23 Abs. 4, § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG für ungültig erklärt worden.

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob die Einführung einer Verzinsungspflicht für Wohngeld- und Abrechnungsschulden, welche die gesetzlichen Verzugsfolgen erweitert, nur durch oder aufgrund Teilungserklärung oder Vereinbarung zulässig ist oder aber ob dafür stets ein Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümerversammlung genügt. Einen Mehrheitsbeschluß halten für ausreichend: BayObLGZ 1988, 54; *Erman/Ganten*, BGB, 8. Aufl., Anh. § 10 WEG Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, BGB, 50. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 13; *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5, S. 62 p; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 1986, Rdnr. 720; *von Rechenberg*, WEZ 1987, 227; *Sauren*, DWE 1991, 57; anders hingegen: OLG Celle, DWE 1984, 90 = ZMR 1985, 103; AG Hamburg, DWE 1989, 76; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 14 b, § 16 Rdnr. 24; *Bärman/Pick/Merle*, WEG 6. Aufl., § 23 Rdnr. 26; *Bub*, Wohnungseigentum von A-Z, 5. Aufl., S. 423; *Henkes/Niedenführ/Schulze*, WEG § 10 Rdnr. 25 und so auch der Vorlagebeschluß (DWE 1991, 29).

Der Senat folgt im Ergebnis der Auffassung des vorlegenden Gerichts. Dieses stützt sich auf § 16 Abs. 2 WEG. Ob diese nur die Verteilung der gemeinschaftlichen Lasten und Kosten regelnde Vorschrift einer Erhebung schadensunabhängiger Zinsen auf rückständige Beiträge entgegensteht, ist fraglich (vgl. dazu *Sauren*, a. a. O.), kann aber offenbleiben. Von Bedeutung ist auch nicht, ob die hier beschlossene Verpflichtung Verzugs- oder Fälligkeitszinsen betrifft, ob es sich — wie bei der Gemeinschaftsstrafe entsprechend §§ 341, 340 Abs. 2 BGB — um einen gegenüber § 288 Abs. 1 BGB erweiterten Mindestschadensersatz oder um eine Pauschalierung der weitergehenden Schadensersatzpflicht aus § 288 Abs. 2, § 286 Abs. 1 BGB handelt mit der Folge, daß ein Anspruch der Wohnungseigentümer auf einen höheren konkreten Schaden nicht mehr in Betracht käme. Die vom Bayerischen Obersten Landesgericht (a. a. O.) zwischen Strafzins und Pauschalierungszins vorgenommene Differenzierung kann nicht Maßstab für die Beurteilung der Frage sein, ob nicht die eine, aber die andere Art der Verzinsung eine Regelung durch Mehrheitsbeschluß zuläßt.

2. Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Angelegenheiten, welche die Wohnungseigentümer durch Beschluß gem. § 23 Abs. 1 und 3, bei einem Versammlungsbeschluß mit Stimmenmehrheit (§ 25 Abs. 1 WEG), regeln können, und solchen Angelegenheiten, über die nur durch allseitige Vereinbarung befunden werden darf (vgl. BGHZ 95, 137, 139 [= DNotZ 1986, 83]). Eine Vereinbarung verlangt § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG für eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses. Demgegenüber betreffen die gesetzlich vorgesehenen Beschlußangelegenheiten das der Gemeinschaftsgrundordnung nachrangige Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, namentlich die Ausgestaltung des ordnungsmäßigen Gebrauchs und die ordnungsmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und 3 WEG).

Aus der Beschlußzuständigkeit der Wohnungseigentümer in Verwaltungsangelegenheiten gem. § 21 Abs. 1 und 3 WEG läßt sich die Befugnis zur Einführung einer Verzinsungspflicht für Wohngeld- und Abrechnungsschulden nicht herleiten. Zwar sind die zur Verwaltung gehörenden Angelegenheiten in § 21 Abs. 5 WEG und in den diesbezüglichen weite-

ren Vorschriften nicht abschließend festgelegt; doch hat die Gemeinschaft nicht die Kompetenz, den Kreis der Verwaltungstätigkeit durch Mehrheitsbeschluß nach Belieben auszudehnen. Es genügt nicht, daß eine Verzinsungspflicht auf Zahlungsrückstände geeignet ist, Liquiditätsschwierigkeiten der Gemeinschaft zu vermeiden und die Durchsetzung von Verwaltungsbeschlüssen im Blick auf § 28 Abs. 5 WEG zu erleichtern. Denn die Zuordnung einer Maßnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung läßt sich nicht unter dem Gesichtspunkt bloßer Zweckdienlichkeit vornehmen. Wäre das so, dann könnte auch die vom Bayerischen Obersten Landesgericht (BayObLGZ 1985, 345 ff.) mit Recht nur im Wege einer Vereinbarung — oder durch die Teilungserklärung — als möglich angesehene Einführung eines Strafzinses für säumige Beitragsschuldner der Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß überlassen werden. Vielmehr kommt es nicht nur auf den mit der Beschlußfassung verfolgten Zweck, sondern auch darauf an, ob die beschlossene Maßnahme einen Inhalt hat, der mit der Grundordnung des Gemeinschaftsverhältnisses vereinbar ist, oder ob er den danach zulässigen Rahmen der Verwaltung sprengt.

Das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer bestimmt sich nicht ausschließlich nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und nach den gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG ergänzend anwendbaren Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bruchteilsgemeinschaft, also den §§ 741 ff., §§ 1008 ff. BGB. Nach der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs werden nämlich diese besonderen Vorschriften in bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis und auf die daraus hervorgehenden Ansprüche ihrerseits ergänzt durch die für Schuldverhältnisse allgemein geltenden Bestimmungen. Bei dieser rechtlichen Ausformung wird das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer jedoch immer geändert, wenn für Wohngeld- und Abrechnungsschulden eine nach Grund oder Höhe von den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften abweichende Verzinsungspflicht begründet wird. Das gilt auch dann, wenn die hier beschlossene Zinspflicht von 10% als bloße Pauschalierung eines über den gesetzlichen Mindestschaden von 4% (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgehenden Verzugsschadens (§§ 288 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB) der Gemeinschaft anzusehen sein sollte. Zwar wäre dadurch für den Beitragsschuldner, abstrakt betrachtet, keine völlig neue Zahlungspflicht geschaffen; jedoch würde eine solche, unabhängig von der Schadenshöhe im Einzelfall geltende Pauschalierung den gesetzlichen Schadensersatzanspruch umgestalten. Die Pauschalierung bewirkt nicht nur eine Umkehr der Beweislast, was allein schon bedenklich wäre; es werden auch Voraussetzungen und Folgen der Ansprüche aus den §§ 284, 286, 291 BGB im Gemeinschaftsverhältnis geändert, indem an die Stelle begrenzter Verzinsungs- und unbegrenzter Schadensersatzpflicht die Pauschalleistung ohne Rücksicht auf Entstehung und Höhe eines Schadens tritt.

Soweit das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLGZ 1988, 54, 59) auf Schwierigkeiten hinweist, die sich aus den Anforderungen des — früher für Wohnungseigentums-sachen zuständigen — VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (ZMR 1985, 103 = NJW 1985, 913, 914) an den Nachweis eines Verzugsschadens der Gemeinschaft bei Beitrags-rückständen ergeben könnten, ist das allein eine Frage der Anwendung des § 286 BGB. Darauf braucht deshalb hier nicht eingegangen zu werden.

6. BGB §§ 1026, 1093; GBO § 46 Abs. 2 (Zum Umfang eines Wohnungsrechts)

- Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner dienen und auf deren Mitbenützung der Berechtigte eines dinglichen Wohnungsrechts angewiesen ist, können sich auch außerhalb des Gebäudes befinden. Solche Anlagen und Einrichtungen stellen auch Versorgungs- und Entsorgungsleitungen dar.**
- Ein Teil eines mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks kann nur dann ohne das Wohnungsrecht abgeschrieben werden, wenn dem Grundbuchamt der volle Nachweis dafür erbracht ist, daß sich auf dem abgeschriebenen Grundstücksteil keine Anlagen und Einrichtungen befinden, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner dienen und auf deren Mitbenützung der Berechtigte des Wohnungsrechts angewiesen ist.**

BayObLG, Beschluß vom 3.7.1991 — BReg. 2 Z 60/91 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch für das frühere Grundstück Flst. 14 wurde am 8.6.1973 für den Beteiligten zu 1 ein Wohnungs- und Mitbenützungsrecht auf die Dauer seines ledigen Standes gemäß Bewilligung vom 11.4.1973 eingetragen. Das Wohnungsrecht wurde in einem Übergabevertrag vom 11.4.1973 bestellt. Dort ist ausgeführt, der Beteiligte zu 1 dürfe in Ausübung des Rechts „das Zimmer im ersten Stock, links vom Treppenaufgang das zweite Zimmer, (über dem Abstellraum) allein benützen, sowie alle dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Anlagen und Einrichtungen nach Bedarf mitbenützen“.

Am 5.10.1989 ließ die Eigentümerin des Grundstücks Flst. 14 eine Teilfläche davon, das spätere Grundstück Flst. 15, an die Beteiligte zu 2 auf. Im Kaufvertrag ist ausgeführt, die Vertragsparteien stellten fest, daß sich das Wohnungsrecht nicht auf die verkaufte Teilfläche beziehe, weil das Wohnhaus auf der Restfläche stehe.

Am 13.7.1990 wurde für das neugebildete Grundstück Flst. 15 ein Grundbuchblatt angelegt und die Beteiligte zu 2 als Eigentümerin eingetragen; das Wohnungsrecht für den Beteiligten zu 1 wurde auf das neue Grundbuchblatt nicht mitübertragen.

Der Beteiligte zu 1 hat angeregt, gegen die Löschung des Wohnungsrechts durch Nichtmitübertragung einen Amtswiderspruch einzutragen. Dies hat das Grundbuchamt am 26.11.1990 abgelehnt. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht durch Beschluß vom 8.4.1991 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Anweisung an das Grundbuchamt, einen Amtswiderspruch gegen die Nichtmitübertragung des Wohnungsrechts einzutragen.

- Das Landgericht hat ausgeführt: ...
- Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Wohnungsrecht gilt dadurch als gelöscht, daß es bei der Übertragung eines Teils des belasteten Grundstücks Flst. 14 auf ein anderes Grundbuchblatt nicht mitübertragen wurde (§ 46 Abs. 2 GBO). Bei dieser Löschung handelt es sich um eine Eintragung im Sinn des § 71 Abs. 2 GBO. Weil sie Grundlage eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des neugebildeten Grundstücks Flst. 15 sein kann, kommt nur die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Löschung in Betracht; nur sie kann Gegenstand der Beschwerde sein (*Horber/Demharter* GBO, 18. Aufl. Anm. 12 a, b, 14 a aa).

b) Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO, daß das Grundbuchamt durch die Nichtmitübertragung des Wohnungsrechts gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hat und dadurch das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muß die Gesetzesverletzung feststehen, während die Grundbuchunrichtigkeit nur glaubhaft sein muß (allg. Meinung; vgl. *Horber/Demharter* § 53 Anm. 9 m. w. N.). Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs liegen vor.

(1) Bei dem Wohnungsrecht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Sinn des § 1093 BGB. Belastet war mit dem Recht das ganze ursprüngliche Grundstück Flst. 14. Durch die Teilung des Grundstücks wurde der abgeschriebene Teil, das neugebildete Grundstück Flst. 15, von der Belastung kraft Gesetzes unter der Voraussetzung frei, daß er außerhalb des Bereichs der Ausübung des Wohnungsrechts liegt (§ 1026 i. V. m. § 1090 Abs. 2 BGB; vgl. BayObLGZ 1985, 31/33 f. [= MittBayNot 1985, 72 = DNotZ 1986, 148]).

Die grundbuchmäßigen Voraussetzungen einer Löschung durch Nichtmitübertragung sind die gleichen wie die einer Löschung durch Eintragung eines Lösungsvermerks (BayObLGZ 1971, 1/3; *Horber/Demharter* § 46 Anm. 8 b). Da keine Löschungsbewilligung gem. § 19 GBO vorlag, mußte nachgewiesen sein, daß das Wohnungsrecht auf dem abgeschriebenen Grundstücksteil gem. § 1026 BGB mit der Abschreibung erlischt (vgl. § 22 Abs. 1 GBO; BayObLG Rpfleger 1987, 451, *Horber/Demharter* Anm. 8 b bb, *KEHE/Eickmann* GBR 3. Aufl. Rdnr. 5, jeweils zu § 46). An den Nachweis, der dem Antragsteller obliegt und der in der Form des § 29 GBO geführt sein muß, sind strenge Anforderungen zu stellen; es muß der volle Nachweis erbracht werden (allg. Meinung; *Horber/Demharter* § 22 Rdnr. 11).

Das Grundbuchamt hat das Gesetz dadurch verletzt, daß es das Wohnungsrecht ohne ausreichende Nachweise durch Nichtmitübertragung gelöscht hat. Daß der erforderliche Nachweis nicht durch die Feststellung der Vertragsparteien im Kaufvertrag geführt ist, das Wohnungsrecht beziehe sich nicht auf die verkaufte Teilfläche, weil das Wohnhaus auf der Restfläche stehe, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Aber auch der der Abschreibung zugrundeliegende Veränderungsnachweis und die darin enthaltene Karte sind kein ausreichender Nachweis. Aus dieser Karte kann allenfalls entnommen werden, daß sich das Wohnhaus nicht auf der abgeschriebenen Teilfläche befindet. Damit ist aber noch nicht nachgewiesen, daß diese Teilfläche in keiner Weise von dem Ausübungsbereich des Wohnungsrechts erfaßt wird. Dies ist auch nicht offenkundig.

Hauptinhalt des Wohnungsrechts ist zwar die Nutzung des Gebäudes oder eines Teils davon als Wohnung. Die Nutzungsbefugnis ist aber nicht schlechthin auf das Gebäude und Anlagen oder Einrichtungen innerhalb des Gebäudes beschränkt. Sie umfaßt auch Grundstücksteile, auf deren Gebrauch der Berechtigte angewiesen ist, um die Wohnung nutzen zu können (BayObLGZ 1985, 31/34 f.). Dies folgt aus der Regelung des § 1093 Abs. 3 BGB, die hier ausdrücklich noch zum Inhalt des Wohnungsrechts gemacht wurde. Zu den Einrichtungen und Anlagen, zu deren Mitbenützung die beschränkte persönliche Dienstbarkeit berechtigt, gehören entgegen der Ansicht des Landgerichts insbesondere sanitäre Versorgungs- und Entsorgungsanlagen und -leitungen (BayObLG a. a. O. S. 35).

Weil dem dem Grundbuchamt allein zur Verfügung stehenden Lageplan nicht entnommen werden konnte, ob sich auf dem abgeschriebenen Teil Anlagen und Einrichtungen befanden; zu deren Mitgebrauch das Wohnungsrecht berechnigte, die dort auf dem abgeschriebenen Grundstücksteil eingezeichneten Gebäude vielmehr ein Anhaltspunkt für Zweifel sein mußten, ob der abgeschriebene Teil frei von solchen Anlagen und Einrichtungen ist (vgl. BayObLG a. a. O.), hätte das Grundbuchamt den Nachweis nicht als geführt ansehen dürfen, zumal das Landgericht aufgrund der Angaben der Beteiligten vom Vorhandensein solcher Einrichtungen ausgegangen ist. Die abschließende Klärung der Frage, ob das abgeschriebene Grundstück von dem Wohnungsrecht frei geworden ist, muß in einem solchen Fall in einem Zivilprozeß herbeigeführt werden; das grundbuchrechtliche Eintragsverfahren eignet sich dafür nicht.

(2) Es ist jedenfalls glaubhaft gemacht, daß durch die Löschung des Wohnungsrechts an dem abgeschriebenen Grundstücksteil das Grundbuch unrichtig geworden ist. Denn das Landgericht geht in seiner Entscheidung davon aus, daß Versorgungs- und Entsorgungsleitungen für das Gebäude, in dem sich die Wohnung befindet, auf dem abgeschriebenen Grundstücksteil liegen.

Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht jedoch zu dem Ergebnis gelangt, daß die Mitbenützung des Aborts in der Scheune und der dort befindlichen Stellflächen sowie des Gemüsegartens nicht Gegenstand des Wohnungsrechts sind. Denn dabei handelt es sich nicht um Anlagen oder Einrichtungen, auf deren Mitbenützung der Berechnigte angewiesen ist, weil er sonst das Wohnungsrecht nicht sinnvoll ausüben könnte. Ferner hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß das Restgrundstück einen eigenen Zugang zu der öffentlichen Straße hat und unter diesem Gesichtspunkt gegen die lastenfreie Abschreibung keine Bedenken bestünden. Ob die Voraussetzungen für eine Geldrente nach Art. 18 AGBGB oder einen Ersatzanspruch nach Art. 20 AGBGB vorliegen, braucht nicht entschieden zu werden. Denn derartige Geldansprüche werden durch das dingliche Recht nicht gesichert. Die grundsätzlich mit jeder Abschreibung verbundene Wertminderung des Restgrundstücks könnte deshalb ein Freiwerden des abgeschriebenen Teilgrundstücks von dem Wohnungsrecht nicht hindern.

7. GBO § 19; WEG § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 (*Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum*)

Die Eintragung der Umwandlung eines in der Teilungserklärung als Hobbyraum bezeichneten Teileigentums in Wohnungseigentum bedarf der Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und der Grundpfandrechtsgläubiger.

BayObLG, Beschluß vom 18.7.1991 — BReg. 2 Z 87/91 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist Eigentümer der im Teileigentumsgrundbuch jeweils als Hobbyraum beschriebenen Teileigentumseinheiten S 1 bis S 9.

Der Beteiligte baute die Hobbyräume in fünf Einzimmer-Appartements und zwei Zweizimmerwohnungen um. Mit notarieller Urkunde vom 29.5.1990 änderte er jeweils den Beschrieb „Hobbyraum“ in „Wohnung“ ab. Ferner faßte er die mit den Einheiten S 5 und S 6 verbundenen Miteigentumsanteile zusammen und verband sie mit dem Sondereigentum an der neu gebildeten Zweizimmerwohnung S 6. Außerdem unterstellte er die bisherige selbständige Einheit S 6 der an dem bisherigen Hobbyraum S 5 eingetragenen Grundschuld als

weiteres Pfand. Die mit den Einheiten S 8 und S 9 verbundenen Miteigentumsanteile vereinigte er gleichfalls und verband sie mit dem Sondereigentum an der Zweizimmerwohnung S 8.

Der Beteiligte hat unter Vorlage von Abgeschlossenheitsbescheinigungen bewilligt und beantragt, die Änderung des Beschriebs, die Vereinigung der Miteigentumsanteile und die Pfandunterstellung im Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Zwischenverfügung vom 28.1.1991 beanstandet: Es fehle die Bewilligung der übrigen Miteigentümer und der Grundpfandrechtsgläubiger. Außerdem seien Gebäudeansichtspläne vorzulegen. Dagegen hat der Beteiligte Erinnerung eingelegt. Dieser hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen und sie dem Landgericht als Beschwerde vorgelegt. Mit Beschluß vom 18.5.1991 hat das Landgericht die Beschwerde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dem Beteiligten nicht aufgegeben werden könne, Gebäudeansichtspläne vorzulegen. Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Durch die notarielle Urkunde werde eine wesentliche Änderung der ursprünglichen Teilung des Miteigentums vorgenommen. Folglich sei für die Eintragung im Grundbuch die Bewilligung aller Wohnungseigentümer und der Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich.

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

a) Die beantragte Eintragung darf nur vorgenommen werden, wenn alle übrigen Wohnungseigentümer sie bewilligen (§ 19 GBO).

Die Bestimmung des § 19 GBO fordert die Eintragsbewilligung des von der Eintragung „Betroffenen“ (formelles Konsensprinzip). Betroffen von einer Eintragung ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht im Zeitpunkt der Eintragung rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann (BGHZ 66, 341/345 [= MittBayNot 1976, 65 = DNotZ 1976, 490]; *Horber/Demharter* GBO 18. Aufl. § 19 Anm. 12). Dies sind hier die übrigen Wohnungseigentümer.

Durch die notarielle Urkunde vom 29.5.1990 wird Teileigentum in Wohnungseigentum umgewandelt. Die Einheiten S 1 bis S 9 sind in der Teilungserklärung als Hobbyräume bezeichnet. In der notariellen Urkunde vom 29.5.1990 heißt es dagegen, daß die Miteigentumsanteile verbunden sind mit dem Sondereigentum an Wohnungen.

Die Bezeichnung von Räumen eines Teileigentums in der Teilungserklärung als Hobbyräume stellt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter dar (BayObLG NJW-RR 1991, 139).

Die Änderung dieser Zweckbestimmung kann nur durch Vereinbarung geschehen und bedarf nach Begründung der Wohnungs(Teil-)eigentümergeinschaft als Abänderungsvereinbarung im Sinn des § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG der Mitwirkung der übrigen Wohnungs(Teil-)eigentümer (BayObLGZ 1983, 79/84 [= MittBayNot 1983, 124 = DNotZ 1984, 104]; 1989, 28/30 [= MittBayNot 1989, 142 = DNotZ 1990, 42]; *Horber/Demharter* Anhang zu § 3 Anm. 11 c).

Die Vereinbarung wird, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird (§ 10 Abs. 2 WEG), gem. § 5 Abs. 4 WEG zum „Inhalt des Sondereigentums“ aller Wohnungs(Teil-)eigentümer und wirkt gem. § 10 Abs. 2 auch gegen Sondernachfolger der Wohnungs(Teil-)eigentümer. Folglich führt die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum zu einer Änderung der rechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Sondereigen-

tums auch der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer. Dies stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums im Sinn des § 877 BGB dar (BayObLGZ 1989, 28/30 f.).

b) Auch die Bewilligung der Grundpfandrechtsgläubiger ist erforderlich.

Ist das Wohnungseigentum mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist sachenrechtlich dessen Zustimmung zu der Inhaltsänderung gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB erforderlich. Aus dem Schutzzweck dieser Vorschriften, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, daß die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird. Danach muß aber jede rechtliche, nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein. Nichts anderes gilt in formeller Hinsicht für die Grundbucheintragung. Nach § 19 GBO ist dazu die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Auch insoweit kommt es nur darauf an, ob ein grundbuchmäßiges Recht rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann. Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten notwendig, so ist auch grundbuchrechtlich dessen Eintragungsbewilligung nötig (BGHZ 91, 343/346 f. [= MittBayNot 1984, 129 = DNotZ 1984, 695]; BayObLGZ 1989, 28/31).

Hier wird durch den grundbuchrechtlichen Vollzug der notariellen Urkunde vom 29. 5. 1990 auch ein grundbuchmäßiges Recht der Grundpfandrechtsgläubiger beeinträchtigt. Die beantragten Eintragungen führen wie ausgeführt dazu, daß die rechtliche Ausgestaltung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Wohnungseigentümer geändert wird. Es wird also der Haftungsgegenstand der eingetragenen dinglichen Belastungen und damit auch ein grundbuchmäßiges Recht der Grundpfandrechtsgläubiger rechtlich beeinträchtigt (vgl. BayObLGZ a. a. O.). Da eine Nutzung der Räume S 1 bis S 9 als Wohnung mehr beeinträchtigt als eine Verwendung als Hobbyraum (BayObLG NJW-RR 1991, 139), liegt im übrigen auch eine wirtschaftliche Beeinträchtigung der übrigen Sondereigentumseinheiten und damit der Haftungsgegenstände vor.

Ob die Zustimmung (Eintragungsbewilligung) der dinglich Berechtigten der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentumsrechte bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum in entsprechender Anwendung des Gesetzes, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend vom 15. 6. 1898 (BayRS 403-2-J), durch die Vorlage eines Unschädlichkeitszeugnisses ersetzt werden kann (vgl. BayObLGZ 1988, 1 ff. [= MittBayNot 1988, 75]), bedarf im vorliegenden Verfahren keiner abschließenden Entscheidung. Grundsätzlich erscheint dies nicht ausgeschlossen, da die Notwendigkeit, die Bewilligung der dinglich Berechtigten beizubringen, für die Wohnungseigentümer bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum in vergleichbarer Weise besteht und vergleichbare Härten mit sich bringen kann, wie bei der Begründung von Sondernutzungsrechten an einem Teil der in gemeinschaftlichem Eigentum der Wohnungseigentümer stehenden Fläche.

8. GG Art. 6; BGB § 1738 (Verfassungswidrigkeit von § 1738 Abs. 1 BGB)

1. Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 2 GG, daß die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch den Vater und die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach dessen Ehe-licherklärung selbst dann von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, wenn die Eltern mit dem Kind zusammenleben, beide bereit und in der Lage sind, die elterliche Verantwortung gemeinsam zu übernehmen, und dies dem Kindeswohl entspricht.
2. Mit Art. 6 Abs. 5 GG ist es nicht vereinbar, die mit der Ehe-licherklärung verbundenen rechtlichen Vorteile nichtehelichen Kindern, welche mit Mutter und Vater zusammenleben und von beiden Eltern betreut werden, entweder zu verweigern oder nur mit der Rechtsfolge zu ermöglichen, daß die Mutter das Recht und die Pflicht zur Ausübung der elterlichen Sorge verliert.

BVerfG, Beschluß vom 7.5.1991 — 1 BvL 32/88 —

Aus dem Tatbestand:

1. Im Ausgangsverfahren geht es um die Ehe-licherklärung eines im November 1979 geborenen nichtehelichen Kindes, dessen Eltern seit Anfang 1979 zusammenleben und das Kind seit seiner Geburt gemeinsam betreuen und erziehen. Der Vater erkannte die Vaterschaft im Januar 1980 an; im April desselben Jahres wurde die Amtspflegschaft auf Antrag der Mutter aufgehoben. 1988 erteilte der Vater dem Kind nach § 1618 Abs. 1 BGB seinen Namen.

Mit notarieller Urkunde vom 31.5.1988 beantragte der Vater, das Kind mit der Maßgabe für ehelich zu erklären, daß ihm und der Mutter die elterliche Sorge gemeinsam übertragen wird. In derselben Urkunde erklärte die Mutter im eigenen Namen und als gesetzliche Vertreterin des Kindes ihre Einwilligung in die Ehe-licherklärung mit der beantragten Rechtsfolge. Das für die Stellungnahme nach § 48 a JWG zuständige Amt für Soziale Dienste vertrat die Auffassung, daß eine Ehe-licherklärung dem Wohl des Kindes nur dann zuträglich wäre, wenn die Eltern die Sorge gemeinsam erhielten.

2. Das Vormundschaftsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 1738 Abs. 1 BGB verfassungswidrig sei.

a) Die Entscheidung über den Antrag auf Ehe-licherklärung hänge von der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ab. Die von beiden Eltern beantragte Rechtsfolge, daß dem Vater und der Mutter die elterliche Sorge gemeinsam übertragen werde, sei im geltenden Recht nicht vorgesehen. Das Wohl des Kindes sei hier aber nur dann gewährleistet, wenn das Sorgerecht antragsgemäß — entgegen § 1738 Abs. 1 BGB — beiden Elternteilen gemeinsam übertragen werde. Wenn die Mutter das Recht zur Ausübung der elterlichen Sorge als Folge der Ehe-licherklärung verliere, bestehe die Gefahr, daß die für das Kindeswohl wesentliche Kontinuität in der Wahrung seiner Belange verlorengehe.

b) § 1738 Abs. 1 BGB sei mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG, aber auch mit Absatz 1 und 4 dieser Norm sowie mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

Es verstoße gegen das Elternrecht, wenn der Gesetzgeber die Ehe-licherklärung nur mit der Folge zulasse, daß die Mutter ohne Rücksicht auf ihre Bereitschaft und Fähigkeit, weiterhin Verantwortung für das Kind zu tragen, das Recht zur Ausübung der elterlichen Sorge verliere. ...

Aus den Gründen:

Die Vorschrift des § 1738 Abs. 1 BGB ist mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG nicht vereinbar, soweit sie auch für die Fälle gilt, in denen der Vater und die Mutter mit dem Kind zusammenleben, beide bereit und in der Lage sind, die Elternverantwortung gemeinsam zu übernehmen, und dies dem Kindeswohl entspricht. Die Regelung führt dazu, daß der Vater eines nichtehelichen Kindes die elterliche Verantwortung mit allen Rechtsfolgen der Ehe-licherklärung nur zu Lasten der Mutter erlangen kann oder daß er die volle Elternstellung

nicht erhält, weil der zwingend vorgeschriebene Verlust des mütterlichen Sorgerechts dem Kindeswohl nicht entspricht. Für die damit verbundene Einschränkung des Elternrechts und Benachteiligung des nichtehelichen Kindes gibt es keinen rechtfertigenden Grund.

1. Das Elternrecht steht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „den Eltern“ zu. Die Verfassungsnorm geht zwar von dem Regelfall aus, in dem das Kind mit den durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenlebt und Vater und Mutter das Kind gemeinsam pflegen und erziehen (BVerfGE 56, 363 <382>; 61, 358 <372>). Der Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG greift aber auch dann ein, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen. So kommt er auch der Mutter des nichtehelichen Kindes zu (vgl. BVerfGE 24, 119 <135>). Ob der Vater des nichtehelichen Kindes sich ebenfalls generell auf das Elternrecht berufen kann, bedarf hier keiner Prüfung. Die Elternstellung im Sinne dieser Grundrechtsnorm kann ihm jedenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn er mit dem Kind und der Mutter zusammenlebt und damit die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung erfüllt (vgl. BVerfGE 56, 363 <384>; 79, 203 <210>).

2. Mit der ausnahmslosen Regelung in § 1738 Abs. 1 BGB verweigert der Gesetzgeber jeweils einem Elternteil die volle rechtliche Elternstellung selbst in den Fällen, in denen der Vater mit dem Antrag auf Ehelicherklärung seine Bereitschaft zur Übernahme der vollen Elternverantwortung beweist und die Mutter zur weiteren Ausübung der elterlichen Sorge bereit und in der Lage ist. Zwar haben die Mutter und der Vater, die mit dem Kind zusammenleben, tatsächlich die Möglichkeit, das Kind gemeinsam zu betreuen und zu erziehen. Dem Elternrecht beider Elternteile ist aber nicht schon damit genügt, daß der Gesetzgeber sie an der tatsächlichen Wahrnehmung von Elternaufgaben nicht hindert. In dieses Grundrecht wird vielmehr auch dann eingegriffen, wenn die rechtlichen Befugnisse, die zur Ausübung der Elternverantwortung erforderlich sind, einem Elternteil vorzuenthalten werden.

Das Elternrecht bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung, denn die Pflege und Erziehung eines Kindes setzt rechtliche Befugnisse im Verhältnis zum Kind, vor allem aber auch gegenüber Dritten, voraus. Den Eltern ehelicher Kinder und dem sorgeberechtigten Elternteil nichtehelicher Kinder stellt der Gesetzgeber diese Befugnisse in Form der in der elterlichen Sorge gebündelten Rechte zur Verfügung. Anderen Trägern des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG darf er entsprechende Befugnisse nicht ohne rechtfertigenden Grund verweigern. Das bedeutet nicht, daß die zivilrechtlichen Vorschriften über die elterliche Sorge in ihrer konkreten Ausgestaltung durch Art. 6 Abs. 2 GG gewährleistet werden. Der Schutz des Elternrechts, das die treuhänderische Wahrnehmung der Belange des Kindes umfaßt, erstreckt sich aber auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann.

Der Gesetzgeber ist der Pflicht, dem Träger des Elternrechts die erforderliche Rechtsstellung einzuräumen, hier auch nicht deshalb enthoben, weil der sorgeberechtigte Elternteil dem nicht sorgeberechtigten durch private Gestaltung, insbesondere auch durch die Erteilung von Vollmachten, die Wahrnehmung der vollen Elternverantwortung ermöglichen kann; denn die Neutralisierung des gesetzlichen Eingriffs durch geeignete Maßnahmen der Betroffenen kann den Eingriff selbst nicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 61, 358 <379>).

3. Die Entscheidung des Gesetzgebers, das nichteheliche Kind stets nur einem Elternteil zuzuordnen und dem anderen Elternteil das Sorgerecht — oder das Recht zur Ausübung der elterlichen Sorge — zu versagen, kann sich für die Fälle, auf die sich die Vorlagefrage beschränkt, nicht auf die Erwägung stützen, daß es eines Ausgleichs zwischen den Grundrechtspositionen beider Elternteile bedarf und deshalb die strengen Voraussetzungen für einen Eingriff in das Elternrecht nicht erfüllt zu sein brauchen (vgl. BVerfGE 31, 194 <208>).

Bei Eltern nichtehelicher Kinder liegen allerdings andere Voraussetzungen vor als bei Eltern ehelicher Kinder. Da sie nicht durch die Ehe miteinander verbunden sind, kann der Gesetzgeber weder vom Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft noch davon ausgehen, daß Vater und Mutter die personale Verantwortung für das Kind gemeinsam übernehmen wollen und können. Er kann daher das nichteheliche Kind, das einen Anspruch darauf hat, daß seine personalen Verhältnisse geregelt sind, wenn es auf die Welt kommt, zunächst einem Elternteil zuordnen. Dabei lag es nahe, das Sorgerecht grundsätzlich der Mutter zu übertragen, weil zwischen ihr und dem Kind durch Schwangerschaft und Geburt bereits eine Beziehung entstanden und das Kleinstkind auf sie besonders angewiesen ist (vgl. BVerfGE 56, 363 <389 f.>).

Ob der Gesetzgeber angesichts der seit der Verabschiedung des Nichtehelichengesetzes erheblich gestiegenen Zahl von Fällen, in denen die Eltern eines nichtehelichen Kindes zusammenleben und bereit sind, die Elternverantwortung gemeinsam zu übernehmen, weiterhin von einer Konfliktsituation zwischen den Eltern des nichtehelichen Kindes als Regelfall auszugehen und davon absehen kann, ein Verfahren zur Erlangung der gemeinsamen Sorge im Falle des Einvernehmens zur Verfügung zu stellen, bedarf hier keiner Entscheidung. In den Fällen, in denen ein Vater die Ehelicherklärung mit der Maßgabe beantragt, ihm die elterliche Sorge gemeinsam mit der Mutter zu übertragen, und die Mutter diesem Antrag zustimmt, steht jedenfalls fest, daß ein Konflikt zwischen den Eltern, der einer staatlichen Schlichtung bedarf, nicht besteht. Die in § 1738 Abs. 1 BGB ausnahmslos angeordnete Rechtsfolge kann sich daher in diesen Fällen nicht auf die Aufgabe des Staates stützen, die Rechtsordnung und den Rechtsfrieden zu wahren und über den Ausgleich widerstreitender Interessen der Eltern zu entscheiden (vgl. BVerfGE 61, 358 <374>).

4. Die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Elternrecht in Ausübung des staatlichen Wächteramts liegen ebenfalls nicht vor. Der generelle Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts für Eltern nichtehelicher Kinder ist nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten; die zwingende Zuordnung zu nur einem Elternteil kann im Gegenteil das Kindeswohl erheblich beeinträchtigen.

a) Leben Vater und Mutter mit dem Kind zusammen und sind beide bereit und in der Lage, die Elternverantwortung zu übernehmen, so entspricht es regelmäßig dem Kindeswohl, wenn beiden Eltern das Sorgerecht zuerkannt wird. Insbesondere kann es für das Wohl des Kindes von erheblicher Bedeutung sein, daß Vater und Mutter in Schulfragen die Elternbefugnisse ausüben können. Ein gemeinsames Sorgerecht ist darüber hinaus geeignet, den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind deutlich zu machen und zur Stetigkeit der Beziehungen beizutragen. Das Kind, das in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwächst, hat

deshalb ein erhebliches Interesse daran, daß die emotionalen Bindungen an seine beiden Eltern rechtlich abgesichert werden (vgl. *Lempp*, ZfJ 1984, S. 305 <308 f.>).

b) Die Entscheidung des Gesetzgebers, das nichteheliche Kind ausnahmslos nur einem Elternteil zuzuordnen und ein gemeinsames Sorgerecht auch für die hier erörterten Fälle nicht zuzulassen, läßt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, die nichteheliche Lebensgemeinschaft könne scheitern und das Kind solle nach der Trennung nicht in den Mittelpunkt eines Streits seiner Eltern geraten (Abweichung von BVerfGE 56, 363 <387>). Gerade für den Fall der Trennung der Eltern kann vielmehr der rechtlichen Absicherung der gemeinsamen elterlichen Sorge besondere Bedeutung zukommen. ...

II. 1. Art. 6 Abs. 5 GG setzt als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes und als Schutznorm zugunsten nichtehelicher Kinder der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Grenzen (vgl. BVerfGE 25, 167 <190>; 74, 33 <38>). Die Verfassungsnorm verpflichtet darüber hinaus den Gesetzgeber, den nichtehelichen Kindern durch positive Regelungen die gleichen Bedingungen für ihre seelische und körperliche Entwicklung zu schaffen wie ehelichen Kindern. Mit diesem Verfassungsauftrag ist dem Gesetzgeber ein klares Ziel vorgegeben. Den Maßstab der Gleichstellung bildet der „Normalfall“ des ehelichen Kindes, das in einer stabilen Ehe aufwächst (vgl. BVerfGE 58, 377 <392 f.>). Eine ungleiche Behandlung nichtehelicher Kinder, die sich als Benachteiligung gegenüber ehelichen Kindern auswirkt, bedarf stets einer überzeugenden Begründung. Abweichungen von den für eheliche Kinder geltenden Vorschriften sind deshalb grundsätzlich nur zulässig, wenn eine förmliche Gleichstellung der anderen sozialen Situation des nichtehelichen Kindes nicht gerecht würde oder dadurch andere, ebenso geschützte Rechtspositionen beeinträchtigt würden (vgl. BVerfGE 74, 33 <39>). Der Verfassungsauftrag kann auch dann verfehlt werden, wenn eine Regelung zur Schlechterstellung einzelner Gruppen nichtehelicher Kinder führt (vgl. BVerfGE 22, 163 <172>).

2. Nach diesen Maßstäben ist § 1738 Abs. 1 BGB für die genannten Fälle mit Art. 6 Abs. 5 GG nicht vereinbar. Die Verfassungsnorm verpflichtet den Gesetzgeber zwar nicht dazu, nichtehelichen Kindern unter den in den §§ 1723 ff. BGB genannten Voraussetzungen die Stellung eines ehelichen Kindes zu verschaffen. Wenn er Kindern, deren Vater bereit ist, die volle Elternverantwortung zu übernehmen, mit dem Institut der Ehelicherklärung eine weitergehende Angleichung an die Stellung ehelicher Kinder ermöglicht, darf er die Angleichung aber nicht ohne ausreichenden sachlichen Grund einer Gruppe nichtehelicher Kinder vorenthalten oder für sie mit erheblichen rechtlichen Nachteilen verbinden.

Wegen der in § 1738 Abs. 1 BGB ausnahmslos angeordneten Rechtsfolge wird ein nichteheliches Kind, dessen Eltern sich für eine freie Partnerschaft entschieden haben und eine Ehelicherklärung anstreben, regelmäßig benachteiligt. Entweder werden ihm die mit der Ehelicherklärung verbundenen rechtlichen Vorteile — insbesondere die volle erbrechtliche Gleichstellung mit ehelichen Kindern im Verhältnis zum Vater und das Sorgerecht des Vaters — mit der Begründung vorenthalten, daß es nicht mit seinem Wohl vereinbar ist, wenn die Mutter das Sorgerecht verliert. Erfolgt aber die Ehelicherklärung, muß das Kind den Nachteil hinnehmen, daß die Mutter ihre Elternverantwortung nicht mehr voll wahrnehmen kann, weil ihr hierzu die rechtlichen Befugnisse fehlen.

Für diese Benachteiligung nichtehelicher Kinder, die mit Vater und Mutter zusammenleben, gibt es keinen rechtfertigenden Grund. ...

III. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i. V. m. § 78 Satz 1 BVerfGG). Das gilt jedoch nicht, wenn mehrere Möglichkeiten für die Beseitigung des Verfassungsverstoßes bestehen und die Nichtigerklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde (vgl. BVerfGE 39, 316 <332 f.>; 77, 308 <337>). Danach scheidet eine Nichtigerklärung hier aus. Der Gesetzgeber kann die Verfassungswidrigkeit auf verschiedene Weise beheben. So kann er im Rahmen des Instituts der Ehelicherklärung die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge von Mutter und Vater unter den hier erörterten Voraussetzungen vorsehen; dabei obliegt es seiner Prüfung, ob das gemeinsame Sorgerecht einer näheren Ausgestaltung bedarf und ob einzelne Rechtsfolgen der Ehelicherklärung — wie etwa für den Familiennamen des Kindes (§ 1737 BGB) oder für den Unterhaltsanspruch gegenüber der Mutter und ihren Verwandten (§ 1739 BGB) — für diese Fälle zu modifizieren sind. Der Gesetzgeber kann aber auch ein gemeinsames Sorgerecht für Eltern nichtehelicher Kinder außerhalb der Ehelicherklärung einführen und mit ähnlichen erbrechtlichen Folgen verbinden oder die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder insgesamt noch weiter an die ehelicher Kinder angleichen.

IV. Stellt das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz fest, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Rechtslage unverzüglich mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen. Im Umfang der Unvereinbarerklärung darf die Norm von den Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht mehr angewandt werden (vgl. BVerfGE 37, 217 <261>; 82, 126 <155>). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist hier nicht geboten. Demgemäß dürfen die Vormundschaftsgerichte in den Fällen, in denen das Kind mit Vater und Mutter zusammenlebt und die Eltern die Ehelicherklärung mit der Maßgabe beantragen, daß sie gemeinsam die elterliche Sorge ausüben wollen, die Ehelicherklärung weder mit der in § 1738 Abs. 1 BGB vorgesehene Rechtsfolge aussprechen noch mit der Begründung verweigern, daß sie wegen dieser Rechtsfolge nicht dem Kindeswohl entspreche. Solche Verfahren sind vielmehr auszusetzen, bis eine gesetzliche Neuregelung in Kraft tritt.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

9. WG Art. 43, 16 (*Zur Legitimation des Wechselprotestanten*)

Die förmliche Legitimation, die den Wechselinhaber zum Protest mangels Zahlung berechtigt, erfordert den Nachweis des eigenen Rechts durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten. Bei einem Wechsel an eigene Order muß die Reihe der Indossamente mit dem Indossament des Ausstellers beginnen; mehrere Aussteller können nur gemeinschaftlich indossieren.

BGH, Urteil vom 4.6.1991 — XI ZR 252/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber mehrerer Wechsel über insgesamt 417.560 DM. Die an eigene Order lautenden Wechsel sind gemeinschaftlich von

dem Beklagten zu 2), P. S. und W. Sch. ausgestellt, auf die A. Handels GmbH M. gezogen und von dieser — vertreten durch den Beklagten zu 2) — akzeptiert worden. Auf der Rückseite tragen die Wechsel jeweils an erster Stelle den Firmenstempel der Akzeptantin und die Unterschrift des Beklagten zu 2); darunter folgen Unterschriften von W. Sch., der Beklagten zu 1), M. Sch., P. S., ein Stempel der B.-R. GmbH & Co. KG mit Unterschrift und zuletzt die Unterschrift des Klägers. Unter dieser letzten Unterschrift befanden sich ursprünglich weiter eine vom Kläger herrührende Orderklausel zugunsten der Sparkasse W. und anschließend deren Blankoindossament. Diese Aufschriften hat der Kläger, nachdem er die Wechsel von der Sparkasse W. erhalten hatte, gestrichen.

Der Kläger ließ die insgesamt 26 zwischen dem 15.4. und 10.10.1988 fälligen, bei der Stadtparkasse M. zahlbaren Wechsel im April und Mai 1988 vorlegen. Sie gingen zu Protest. Der Kläger verlangt von den Beklagten Zahlung der Wechselsummen nebst Nebenkosten. Er hat behauptet, daß die Akzeptantin ihre Zahlungen bei Protesterhebung eingestellt gehabt habe.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage durch Wechselvorbehaltsurteil stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage.

I. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger einen wechselrechtlichen Rückgriffsanspruch gegen die Beklagten nach Art. 43, 48 Abs. 1 WG zu. Es sieht den Kläger als formell legitimierten Wechselinhaber an, der auch wirksam Wechselprotest erhoben habe.

Das hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. Der hier allein geltend gemachte wechselrechtliche Rückgriffsanspruch nach Art. 43, 48 Abs. 1 WG steht dem Wechselinhaber nur zu, wenn rechtzeitig und wirksam Protest erhoben worden ist (Art. 53 Abs. 1 WG). Das Berufungsgericht stellt zwar unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil fest, daß in allen 26 Fällen wirksam Protest erhoben worden sei. Diese Würdigung ist jedoch unzutreffend.

Protest mangels Zahlung kann — von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen — nur der aus dem Wechsel förmlich legitimierte Inhaber wirksam erheben (RGZ 114, 365, 368; BGH, Urteil vom 13.6.1977 — II ZR 142/75, WM 1977, 839, 840 m. w. N.). Eine solche förmliche Legitimation erfordert nach Art. 16 Abs. 1 WG den Nachweis des eigenen Rechts durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten. Ob das der Fall ist, ist als sachliche Voraussetzung des Rückgriffsanspruchs von Amts wegen zu prüfen (vgl. für den Scheck: BGHZ 96, 9, 15; 107, 111, 114).

Die Instanzgerichte haben lediglich erörtert, ob die Indossamentenkette durch den an erster Stelle stehenden unterschriebenen Stempelabdruck der Akzeptantin oder durch die Streichung von Indossamenten durch den Kläger „unterbrochen“ ist. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil unabhängig von der Beantwortung dieser Fragen jedenfalls das erforderliche erste Glied dieser Kette fehlt. Bei einem Wechsel an eigene Order kann Ausgangspunkt für die förmliche Legitimation im Sinne des Art. 16 Abs. 1 WG nur ein Indossament des Ausstellers sein (BGH, Urteil vom 13.6.1977 a. a. O. S. 839). Ein solches Indossament weist keiner der 26 Wechsel auf.

Aussteller der Wechsel waren nach dem gemeinsamen Stempelabdruck und den ihm entsprechenden Unterschriften neben dem Beklagten zu 2) die Mitunterzeichner W. Sch. und P. S. Das ist wechselrechtlich zulässig (*Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 374, 387 m. w. N.; *Baumbach/Hefermehl*,

WG 17. Aufl. Art. 1 Rdnr. 16). „An eigene Order“ bedeutet unter diesen Umständen, daß die Bestimmung des Wechselnehmers und damit die Übertragung der Rechte aus dem Wechsel nur von allen drei Ausstellern gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Die förmliche Legitimation des Klägers ließe sich daher nur aus einem gemeinsamen Indossament der drei genannten Personen herleiten. Daran fehlt es.

Die Unterschrift des Beklagten zu 2) kommt auf der Rückseite der Wechsel allein in Verbindung mit dem Firmenstempel der Akzeptantin vor. Sie ist schon wegen ihrer Übereinstimmung mit der entsprechenden Kombination in der Annahmeerklärung nicht als vom Beklagten zu 2) in eigenem Namen abgegeben anzusehen. Die Vorinstanzen haben seine Unterschrift deshalb mit Recht der Akzeptantin zugerechnet; etwas anderes will auch der Kläger aus ihr nicht herleiten. Fehlt damit von vornherein eine der drei erforderlichen Unterschriften, ist nicht einmal entscheidend, daß die Namenszüge der beiden anderen Aussteller durch mehrere Unterschriften Dritter voneinander getrennt sind, auch insoweit also eine gemeinschaftliche Erklärung ausscheidet. Daß einer von ihnen im Namen der beiden anderen unterzeichnet haben könnte, ist weder vorgetragen noch aus den Wechseln ersichtlich (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29.1.1981 — II ZR 73/80, WM 1981, 375). Es braucht also nicht erörtert zu werden, ob ein darin zu sehendes gemeinsames Indossament nach seiner räumlichen Anordnung als das maßgebende erste angesehen werden könnte.

C.

Kostenrecht

10. WohnGebBefrG § 1; Steuerreformgesetz 1990 Art. 22 Abs. 3 (*Übergangsregelung zum steuerbegünstigten Wohnungsbau*)

Unter dem in Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 genannten, dem Grundbucheintragungsantrag zugrunde liegenden notariellen Geschäft ist allein das dingliche Geschäft — sofern es in notarieller Form vorgenommen wird — und nicht auch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zu verstehen. Der bloße Abschluß des Grundstückskaufvertrags vor dem 1.1.1990 wahrt somit die Frist nicht und führt nicht zur Gebührenfreiheit nach dem WohnGebBefrG.

BayObLG, Beschluß vom 20.6.1991 — BReg. 3 Z 80/91 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) und 2) kauften mit notariellen Urkunden vom 19.5.1988 (Beteiligte zu 1) und 7.6.1988 (Beteiligte zu 2) jeweils geometrisch erst zu vermessende Teilflächen aus einem Grundstück. ... Gleichzeitig versicherten sie, daß es sich um ein Rechtsgeschäft i. S. des WohnGebBefrG handele, und beantragten Befreiung von den Gerichtsgebühren.

Jeweils mit Urkunden vom 14.9.1990 wurden vor dem Notar die Über eignungen erklärt.

Bereits mit notariellen Urkunden vom 15.5.1990 waren Rangrücktritte und Pfandunterstellungen erklärt worden.

2. Für die Eigentumsumschreibung, die Fortführung des Liegenschaftskatasters und die Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung forderte der Kostenbeamte des Amtsgerichts von den Beteiligten mit Kostenrechnung vom ... Gebühren.

Rangrücktritt und Pfandunterstellung hatte er den Beteiligten mit Kostenrechnung vom ... in Rechnung gestellt.

Mit ihren Erinnerungen wandten sich die Beteiligten zu 1) und 2) gegen diese Kostenrechnungen. Zur Begründung führten sie aus, daß ihnen Gebührenfreiheit nach dem WohnGebBefrG zustehe, da für die in der Überleitungsbestimmung im Steuerreformgesetz 1990 (Art. 22 Abs. 3) auch nach Aufhebung des WohnGebBefrG eingeräumte Gebührenfreiheit der Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Grundgeschäftes (vor dem 1.1.1990) entscheidend sei.

Das Amtsgericht (Rechtspfleger) wies die Erinnerungen mit Beschluß vom 10.12.1990 zurück.

Gegen den amtsgerichtlichen Beschluß legten die Beteiligten zu 1) und 2) neuerliche Erinnerungen ein, denen Rechtspfleger und Grundbuchrichterin nicht abhalfen.

Das Landgericht hob mit Beschluß vom 26.3.1991 die Kostenrechnungen auf und wies die Beschwerden zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. In der Begründung schloß sich das Landgericht dem Rechtsstandpunkt des Amtsgerichts an. . . .

3. Gegen den Beschluß des Landgerichts legten die Beteiligten zu 1) und 2) weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

1. Die auf Grund Zulassung statthaften weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) sind an keine Frist gebunden und in rechter Form eingelegt (§ 14 Abs. 3 und 4 KostO).

Die sonach zulässigen Rechtsmittel haben sachlich jedoch keinen Erfolg. Die den verfahrensgegenständlichen Kostenansätzen zugrundeliegenden Grundbucheintragungen sind nicht nach dem WohnGebBefrG gebührenbefreit.

Zwar wurde das WohnGebBefrG durch Art. 22 Abs. 3 des Steuerreformgesetzes 1990 vom 25.7.1988 (BGBl. I S. 1093), geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Steuerreformgesetzes 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaus und von Arbeitsplätzen in Privathaushalten vom 30.6.1989 (BGBl. I S. 1267/1272), mit Wirkung vom 1.1.1990 aufgehoben (während die vorliegenden Eintragungen erst im September und Oktober 1990 vorgenommen wurden). Es gilt jedoch die Übergangsregelung des Art. 22 Abs. 3 Satz 2: „Geschäfte bleiben weiterhin von den in der Kostenordnung bestimmten Gerichtsgebühren befreit, wenn der Antrag auf Vornahme des gebührenpflichtigen Geschäfts bis zum 31. Dezember 1990 bei Gericht eingegangen ist und das diesem Antrag zugrunde liegende notarielle Geschäft vor dem 1. Januar 1990 vorgenommen worden ist.“

Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch bezüglich der Vornahme des notariellen Geschäftes nicht vor. Für diese waren die innerhalb offener Frist am 19.5.1988 und 7.6.1988 abgeschlossenen Kaufverträge nicht ausreichend.

Das dem Antrag auf Vornahme der jeweiligen Grundbucheintragung (gebührenpflichtiges Geschäft) zugrunde liegende notarielle Geschäft ist nicht das notariell beurkundete Verpflichtungsgeschäft (Grundstückskaufvertrag), da dieses nicht unmittelbar Gegenstand der Eintragung sein kann. Eingetragen werden kann lediglich die auf der dinglichen Einigung (z. B. § 873 Abs. 1 BGB), gegebenenfalls die auf einem einseitigen dinglichen Rechtsgeschäft (vgl. z. B. § 875 BGB), beruhende Rechtsänderung. Wenn Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 somit von dem dem Eintragungsantrag zugrunde liegenden notariellen Geschäft spricht, ist damit ausschließlich auf das dingliche Geschäft abgestellt: im Fall der Eigentumsübertragung auf die notariell erklärte Auffassung (§ 925 BGB); im Fall sonstiger Rechtsänderungen auf den jeweiligen Vertrag nach § 873 BGB oder auf das sonstige dingliche Geschäft, sofern diese — wie meist schon im Hinblick auf die gleichzeitig erklärte Eintragungsbewilligung nach §§ 19, 29 GBO — in notarieller Form vorliegen. Die letztere Voraussetzung sieht das Gesetz offensichtlich zur Vermeidung möglicher Beweisschwierigkeiten vor.

Der Gesetzeswortlaut gibt keinen Hinweis darauf, daß auch das schuldrechtliche Kausalgeschäft als nur mittelbare Eintragungsvoraussetzung zur Fristwahrung ausreicht (LG Lübeck JurBüro 1990, 1019). Ob allerdings etwaige sonstige Eintragungsvoraussetzungen noch ausstehen, ist für die Fristwahrung ohne Bedeutung (vgl. BayObLGZ 1991, 108/111 f. = MittBayNot 1991, 132).

Die hier vertretene Auslegung des Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 steht auch durchaus mit dem Gesetzeszweck in Einklang. Die Änderung des Wortlauts des Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 geht auf eine Beschlußempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags zurück (BT-Drucks. 11/4775 S. 7). Sie wurde u. a. auch damit begründet, daß verhindert werden sollte, daß unvollständige Anträge rein vorsorglich gestellt werden (vgl. BT-Drucks. 11/4803 S. 19). Wenn deshalb die Vornahme des dinglichen Geschäfts bis zum Ablauf eines bestimmten Stichtags und vor der Einreichung des Eintragungsantrags verlangt wird, kann von einer willkürlichen Regelung nicht gesprochen werden.

Entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinung (AG Bremen Rpfleger 1990, 272; LG Bochum — mit gleichzeitigem Zitat des LG Frankfurt — Rpfleger 1991, 17; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Vorbem. I zu § 1 WohnGebBefrG) kommt der Senat somit zu der Auffassung, daß notarielles Geschäft i. S. des Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 ausschließlich das der Eintragung zugrunde liegende dingliche Rechtsgeschäft ist, sofern es in notarieller Form vorgenommen worden ist. Die Bestimmung des § 1 Abs. 3 Satz 2 WohnGebBefrG (vgl. den Hinweis von *Lappe* in NJW 1991, 1213/1216) vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, da die Übergangsregelung im Steuerreformgesetz 1990 einen anderen Zweck verfolgt.

2. Die weiteren Beschwerden der Beteiligten erwiesen sich somit als unbegründet und waren zurückzuweisen.

D.

Steuerrecht

11. KStG 1977 § 8 Abs. 3 Satz 2; BGB § 181; GmbHG § 35 Abs. 4 (*§ 181 BGB und der Alleingesellschafter-Geschäftsführer im Steuerrecht*)

Die dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer mehrgliedri- gen GmbH erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bleibt auch dann wirksam, wenn sich die GmbH in eine Einmann-GmbH verwandelt.

BFH, Urteil vom 13.3.1991 — I R 1/90 —

Aus dem Tatbestand:

Streitig ist die zivil- und steuerrechtliche Wirksamkeit von Gehaltserhöhungen für den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH.

1. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine von ursprünglich drei Gesellschaftern am 4.1.1980 gegründete GmbH. Der Gesellschafter G wurde im Gesellschaftsvertrag zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Zum Umfang seiner Vertretungsbefugnis heißt es in Abschnitt II des Gesellschaftsvertrages vom 4.1.1980:

„Herr G ist als Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Die beiden anderen Gesellschafter schieden am 12.12.1980 und am 17.12.1981 aus der Gesellschaft aus. G erwarb ihre Anteile und wurde

damit ab 1.12.1981 Alleingesellschafter. Er wurde nicht erneut vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit. Am 26.2.1986 trat ein neuer Gesellschafter in die Klägerin ein.

Die Klägerin — vertreten durch G — erhöhte das monatliche Gehalt des G ab 1.3.1984 von 5 600 DM auf 6 000 DM und ab 1.1.1985 von 6 000 DM auf 6 300 DM. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt — FA —) behandelte die Erhöhungen (1984: 4 000 DM; 1985 und 1986: 8 400 DM) in den Gewerbesteuer-Meßbescheiden 1984 bis 1986 vom 16.2.1989 als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) und erhöhte den Gewerbeertrag um diese Beträge.

2. Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage wurde vom Finanzgericht (FG) als unbegründet abgewiesen. Das FG hielt die Gehaltserhöhungen für unwirksam.

3. Die Klägerin stützt ihre Revision auf Verletzung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG 1977 i. V. m. § 7 GewStG.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG § 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO.

Das FG hat dem Gewerbeertrag der Erhebungszeiträume 1984 bis 1986 zu Unrecht 4 000 DM (1984) und zweimal 8 400 DM (1985 und 1986) als vGA zugerechnet.

A. 1. Gewerbeertrag ist der nach den Vorschriften des KStG 1977 zu ermittelnde Gewinn aus Gewerbebetrieb (§ 7 Abs. 1 GewStG 1984). Gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG 1977 mindern vGA das körperschaftsteuerpflichtige Einkommen nicht.

2. vGA i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG 1977 sind bei einer Kapitalgesellschaft Vermögensminderungen (verhinderte Vermögensmehrungen), die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt sind und sich auf die Höhe des Einkommens auswirken. Bei einem beherrschenden Gesellschafter kann die Vermögensminderung auch in Entgelten bestehen, die die Gesellschaft an den Gesellschafter zahlt, obwohl es hierfür an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehlt (BFH vom 24.5.1989 I R 90/85, BFHE 157, 168, BStBl II 1989, 800 m. w. N.). Die Vereinbarung muß zivilrechtlich wirksam abgeschlossen worden sein. Eine unter Verletzung des § 181 BGB getroffene Vereinbarung kann steuerrechtlich nicht anerkannt werden (BFH-Urteil vom 22.9.1976 I R 68/74, BFHE 120, 200, BStBl II 1977, 15; Beschluß vom 11.4.1990 I B 65/89, nicht veröffentlicht).

3. Gem. § 35 Abs. 4 GmbHG in der Fassung des Gesetzes vom 4.7.1980 (BGBl I 1980, 836) ist auf In-sich-Geschäfte des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH § 181 BGB anzuwenden. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers als Organ der GmbH umfaßt somit bei Einmann-Gesellschaften derartige Geschäfte nur, wenn sie ihm „gestattet“ sind (§ 181 BGB). Diese Befreiung kann dem Gesellschafter-Geschäftsführer nur von vornherein im Gesellschaftsvertrag oder nachträglich durch Änderung der Satzung gewährt werden (BGH vom 28.2.1983 II ZB 8/82, BGHZ 87, 59 [= MittBayNot 1983, 135 = DNotZ 1983, 633]; vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags in BTDrucks 8/3908, S. 74; *Mertens in Hachenburg*, GmbHG, Kommentar, Ergänzungsband, § 35 Rz. 227 g; *Schneider in Scholz*, GmbHG, Kommentar, § 35 Anm. 117).

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 zumindest schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB). Ist der gesetzliche Vertreter hingegen wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so

sind In-sich-Geschäfte von vornherein rechtswirksam (vgl. *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Kommentar, 12. Aufl., § 35 Rz. 19).

B. G war in den Streitjahren wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Vereinbarung der Gehaltserhöhungen für G in den Streitjahren war deshalb steuerrechtlich anzuerkennen. vGA liegen nicht vor.

1. Die Befreiung war im Gesellschaftsvertrag enthalten. Sie ist zwar im Vertrag unter Abschnitt II als „Beschluß“ der Gesellschafter formuliert. Das FG hat jedoch zutreffend aus der Regelung im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag geschlossen, daß es sich um eine Regelung dieses Vertrages handele (vgl. *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG, Kommentar, 15. Aufl., § 53 Rz. 3 und 4). Die Befreiung war auch im Handelsregister eingetragen.

2. Die Befreiung erlosch nicht mit dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters am 17.12.1981.

a) Das BayObLG vertritt im Urteil vom 22.5.1987 BReg 3 Z 163/86 (GmbHR 1987, 428 [= MittBayNot 1987, 208 = DNotZ 1989, 32]) und in einer weiteren Entscheidung vom 21.9.1989 BReg 3 Z 5/89 (GmbHR 1990, 213 [= MittBayNot 1990, 52]) die Auffassung, daß eine dem Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB automatisch ihre Wirksamkeit verliere, wenn der bisherige Gesellschafter-Geschäftsführer Alleingesellschafter werde (ebenso *Eder* in GmbH-Handbuch, Tz. 581 ff.). Nach dem Ausscheiden der Mitgesellschafter erhalte die Vereinbarung über die Befreiung einen viel weitergehenden Inhalt als bei einer mehrgliedrigen GmbH. Bei einer mehrgliedrigen GmbH könnten Gesellschaftsgläubiger davon ausgehen, daß es zu ungesetzlichen und damit verbotenen Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter nicht ohne weiteres kommen werde. Gesetzswidrige Vermögensverschiebungen stellten im allgemeinen einen wichtigen Grund für die Abberufung des Geschäftsführers dar. Bei der Abberufung aus wichtigem Grund habe der Geschäftsführer kein Stimmrecht, so daß die Mitgesellschafter die Abberufung allein beschließen könnten. Diese Möglichkeit entfalle bei einer Einmann-GmbH. Die Gesellschaftsgläubiger hätten keine Möglichkeit, sich darüber zu unterrichten, wenn die Satzung nicht geändert werde. Es sei dann nur der von mehreren Gesellschaftern geschlossene Gesellschaftsvertrag einsehbar. Zwar müsse die Gesellschaft jährlich einmal eine Gesellschafter-Liste zum Handelsregister einreichen (§ 40 GmbHG). Aus der nur einmal jährlichen Ergänzung der Liste sei der aktuelle Stand jedoch nicht ersichtlich.

b) Der Senat folgt dieser vom FG übernommenen Auffassung nicht.

aa) Durch die „Gestattung“ von In-sich-Geschäften gem. § 181 BGB erhielt G eine auch das Selbstkontrahieren umfassende Vertretungsmacht. Er war damit als Organ der Gesellschaft auch für In-sich-Geschäfte in dem Umfang vertretungsberechtigt, wie er sich aus § 35 Abs. 1 GmbHG ergibt. Das ist unstreitig bis zum Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters. Nach diesem Zeitpunkt könnte die Vertretungsmacht nur durch einen Rechtsakt der vertretenen GmbH (Widerruf) oder durch Gesetz eingeschränkt worden sein.

bb) Da eine rechtsgeschäftliche Beschränkung nicht stattfand, müßte sich die vom FG angenommene Beschränkung aus dem Gesetz ergeben. Für die vom BayObLG und vom FG

angenommene gesetzliche Beschränkung beim Übergang zur Einmann-GmbH enthält das Gesetz jedoch keine Anhaltspunkte. Weder § 35 Abs. 4 GmbHG noch § 181 BGB enthalten Regelungen, auf die ein Erlöschen der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB beim Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters gestützt werden könnte.

cc) Das BayObLG hat zwar in GmbHR 1987, 428 zu Recht ausgeführt, daß es bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft „nicht ohne weiteres“ zu verbotenen Vermögensverschiebungen von der Gesellschaft auf den Geschäftsführer kommen wird. Die Mitgesellschafter werden mit ihren Kontrollrechten derartige Handlungen erschweren und vielleicht auch verhindern. Es trifft auch zu, daß die beim Übergang zur Einmann-Gesellschaft vergrößerte Gefahr von unzulässigen Vermögensverschiebungen für die Gesellschaftsgläubiger aus dem Handelsregister u. U. nur mit zeitlicher Verzögerung erkennbar wird. Diese Überlegungen führen jedoch nach geltendem Recht nicht zum Erlöschen einer dem Geschäftsführer wirksam gewährten Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (ebenso: OLG Düsseldorf, Beschluß vom 9. 1.1991 3 Wx 340/90, BB 1991, 233; *Reinicke/Tiedtke*, WM 1988, 441; *dieselben* in GmbHR 1990, 200, 202; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 35 Rz. 79; *Baums*, WuB II C., § 35 GmbHG 2.87; *Tiedtke*, DStZ 1990, 391; a. A. *Eder* in GmbH-Handbuch, Tz. 581.7; *Rohwedder/Koppensteiner*, GmbHG, Kommentar, 2. Aufl., § 35 Rz. 26).

dd) Eine mögliche Gefährdung der Gläubiger kann nur insoweit berücksichtigt werden, als das Gesetz erkennbar ihre Interessen schützt. Ein derartiger Schutz ist für die von einem einzigen Gesellschafter-Geschäftsführer beherrschten Gesellschaften mit beschränkter Haftung durch die gemäß Gesetz vom 4.7.1980 (BGBl I 1980, 836) angeordnete Anwendung des § 181 BGB geschaffen worden. Es besteht

aber keine Rechtsgrundlage, der Regelung des § 181 BGB bei GmbHs einen weitergehenden Inhalt zu geben, als ihrem Wortlaut und der Auslegung des BGB entspricht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach der Rechtsprechung des BGH vor der Gesetzesänderung des Jahres 1980 § 181 BGB auf den alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH überhaupt nicht anwendbar war (vgl. zur Rechtsentwicklung: *Kreutz* in Festschrift für Otto Mühl, 409, 416). Mit der Gesetzesänderung sollte dem Gesellschaftsgläubiger lediglich erkennbar gemacht werden, ob sich die Vertretungsmacht des Geschäftsführers auf In-sich-Geschäfte erstreckte. Dieses Ziel ist erreicht, wenn die Befreiung in dem für den Gläubiger einsehbaren Gesellschaftsvertrag ausgesprochen wird (ebenso *Kreutz*, a. a. O.).

ee) Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 35 Abs. 4 GmbHG ergibt sich nichts anderes. (*Wird ausgeführt.*)

ff) Es kommt hinzu, daß die Auffassung des BayObLG die Publizität des Handelsregisters einschränken würde. Wird das Handelsregister — so das BayObLG — beim Übergang von einer mehrgliedrigen zur eingliedrigen GmbH unrichtig, so wäre das nicht erkennbar. Das Register würde eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ausweisen, die nicht mehr bestünde. Außerdem würden alle für die Gesellschaft notwendigen und sachlich gerechtfertigten In-sich-Geschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers ihre Wirksamkeit verlieren, obgleich daran kein sachliches Interesse bestehen kann (vgl. *Reinicke/Tiedtke*, WM 1988, 441, 444 f.).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. dazu das Urteil des BGH vom 8.4.1991, MittBayNot 1991, 154.

IV. Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuer;

hier: Parzellenweise Verpachtung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe

Schreiben der OFD München vom 10. 6. 1991 — S 2230 — 115 St 417

1. Bisherige Verwaltungsauffassung

Nach dem koordinierten Ländererlaß vom 17. 12. 1965 (BStBl II 1966, 30, 34; ESt-Kartei § 14 Karte 3.1) und den dazu ergangenen weiteren Verwaltungsanweisungen (ESt-Kartei § 14 Karte 3.2, 3.3) stellt die Verpachtung eines ganzen Betriebs an verschiedene Pächter (= parzellenweise Verpachtung) in der Regel eine Betriebsaufgabe dar. Nur unter den Voraussetzungen, daß der Verpächter des Betriebs eine Betriebsfortführungserklärung abgibt und für die spätere Betriebsfortführung objektive Umstände sprechen, konnte bisher *aus Billigkeitsgründen* von der Annahme einer Betriebsaufgabe abgesehen werden und entsprechende Fälle wie Betriebsverpachtungen im ganzen behandelt werden.

2. Neue Rechtsprechung zur parzellenweisen Verpachtung

Demgegenüber geht der BFH im Urteil vom 15. 10. 1987 (BStBl II 1988, 260 [= MittBayNot 1988, 143]) davon aus, daß die parzellenweise Verpachtung der bisher selbstbewirtschafteten Ländereien *aus Rechtsgründen* jedenfalls dann keine Betriebsaufgabe darstellt, wenn die wesentlichen Grundlagen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ihre landwirtschaftliche Zweckbestimmung behalten und die Verpachtung nur eine vorübergehende Maßnahme (Betriebsunterbrechung) ist, weil der Verpächter die Absicht hat, den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb später selbst oder durch seinen Rechtsnachfolger wieder aufzunehmen und dies nach den gegebenen Verhältnissen als möglich erscheint. Nach dieser Entscheidung ist für die Fortführung eines Betriebs auch bei der parzellenweisen Verpachtung nicht mehr vorauszusetzen, daß der Verpächter seine Absicht, die Bewirtschaftung des Betriebs wieder aufzunehmen, ausdrücklich gegenüber dem Finanzamt erklärt.

In Fällen der parzellenweisen Verpachtung ist daher — entsprechend der Sachbehandlung bei einer Betriebsverpachtung im ganzen — zu prüfen, ob die objektiven Umstände, die auf eine spätere Betriebsfortführung hindeuten, vorliegen. Außerdem ist aus Gründen der Rechtssicherheit in diesen Fällen weiterhin die Abgabe einer Fortführungserklärung zu verlangen.

3. Übergangsregelung bei Pachtverträgen, die vor dem 15. 4. 1988 abgeschlossen wurden:

Bei parzellenweisen Betriebsverpachtungen, bei denen in der Vergangenheit eine Fortführungserklärung nicht abgegeben worden ist, verbleibt es entsprechend der bisherigen Verwaltungsauffassung bei der Betriebsaufgabe.

Diese Übergangsregelung gilt für alle Fälle, bei denen die parzellenweise Verpachtung vor dem 15. 4. 1988, dem Tag der Veröffentlichung des BFH-Urteils vom 15. 10. 1987 im BStBl, begonnen hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Aufgabegewinn einkommensteuerlich erfaßt worden ist. Ob eine nachträgliche Erfassung des Aufgabegewinns möglich ist, richtet sich nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften, ggf. kann die Betriebsaufgabe durch die nachträgliche Abgabe einer Fortführungserklärung vermieden werden.

Die Annahme einer Betriebsaufgabe zum Zeitpunkt des Beginns der parzellenweisen Verpachtung kommt in Altfällen allerdings dann nicht in Betracht, wenn Stpfl. und Finanzamt in der Vergangenheit auch ohne ausdrückliche Fortführungserklärung übereinstimmend von dem Fortbestand des Betriebs ausgegangen sind und dementsprechend die Einkünfte aus der parzellenweisen Verpachtung als Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft behandelt haben.

2. Einkommensteuer;

hier: Entnahmemöglichkeit nach § 52 Abs. 15 S. 10 EStG

Schreiben der OFD München vom 10. 6. 1991 — S 2236 — 9 St 41 im Anschluß an das Schreiben des Bayerischen Finanzministeriums vom 16. 5. 1991 — 31a — S 2236 — 12/4 — 28815

Bestellt der Inhaber eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs *unentgeltlich* ein Nießbrauchsrecht oder ein Erbbaurecht an einem Grundstück zugunsten eines nahen Angehörigen, so ist das Grundstück aus dem landwirtschaftlichen Betriebsvermögen (steuerpflichtig) zu entnehmen, weil es — anders als bei einem entgeltlich eingeräumten Erbbaurecht, vgl. dazu BFH-Urteile vom 26. 11. 1987, BStBl 1988 II S. 490 (= MittBayNot 1988, 144) und vom 10. 4. 1990, BStBl II S. 961 — nicht mehr objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, den Betrieb zu fördern. Das gilt auch, wenn der Inhaber des Betriebs wirtschaftlicher Eigentümer des belasteten Grundstücks bleibt. Einer schuldrechtlichen Beschränkung eines Nießbrauchs bzw. eines Erbbaurechts auf eine Teilfläche eines Grundstücks kann, wenn sie zivil- und grundbuchrechtlich zulässig ist, auch steuerlich gefolgt werden.

Wird das Nießbrauchs- oder Erbbaurecht hingegen *entgeltlich* bestellt, führt dies grundsätzlich nicht zur Entnahme des Grundstücks, vgl. zum Erbbaurecht die o. g. BFH-Urteile. Geht das Grundstück später auf den Nießbrauchs- oder Erbbauberechtigten als Hoferben über, führt dies, wenn die darauf befindliche Wohnung noch zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, zur — steuerpflichtigen — Entnahme des Grundstücks. § 52 Abs. 15 Satz 10 EStG ist nicht anwendbar, da bei der gewählten Gestaltung nicht die Errichtung der Wohnung, sondern der Betriebsübergang zur Entnahme des dazugehörigen Grund und Bodens führt.

Bebaut der Sohn in Ausübung des Nießbrauchs- oder Erbbaurechts das Grundstück, erlangt er damit gem. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB das bürgerlich-rechtliche Eigentum am Gebäude. Das reicht aus, um — bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — § 10 e EStG in Anspruch nehmen zu können (vgl. Tz. 5 des BMF-Schreibens vom 25. 10. 1990, BStBl I S. 626 [= MittBayNot 1991, 38]).

3. Körperschaftsteuer/Gewerbsteuer;

hier: Übernahme der Gründungskosten durch eine Kapitalgesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung, Anwendung des BFH-Urteils vom 11. 10. 1989 (BStBl. 1990 II S. 89).

Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 25. 6. 1991 — IV B 7 — S 2741 — 4/91 —

Nach dem BFH-Urteil vom 11.10.1989 (BStBl 1990 II S. 89) ist keine Betriebsausgabe, sondern eine andere Ausschüttung im Sinne des § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG (verdeckte Gewinnausschüttung) gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft die eigenen Gründungskosten begleicht, die zivilrechtlich von den Gesellschaftern zu tragen sind. Hinsichtlich der Frage, wann Gründungskosten zivilrechtlich von den Gesellschaftern zu tragen sind, nimmt der BFH auf den Beschluß des BGH vom 20.2.1989 — II ZB 10/88 — (DB 1989, 871, GmbHR 1989, 250 [= MittBayNot 1989, 168 = DNotZ 1990, 124]) Bezug. Danach ist aufgrund der Vorschrift des § 26 Abs. 2 AktG, der als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens für alle Kapitalgesellschaften und damit auch für die GmbH verbindlich ist, in der Satzung offenzulegen, wie weit das gezeichnete Kapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist. Zur Kennzeichnung des Gesamtaufwands reicht es nicht aus, daß die Kosten, aus denen er sich zusammensetzt, ihrer Art nach im einzelnen namentlich genannt werden. Vielmehr sind die einzelnen Kosten zusammengefaßt als Gesamtbetrag in der Satzung auszuweisen, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, geschätzt werden müssen. Fehlt die bezifferte Benennung des Gründungsaufwands in der Satzung, ist die Klausel zivilrechtlich unwirksam. Soweit die Offenlegung unterbleibt oder den vorstehenden Grundsätzen nicht entspricht, entfällt auch die Vorbelastung. In diesen Fällen ist der Gründungsaufwand im Innenverhältnis von den Gesellschaftern als den Gründern zu tragen.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt folgende Übergangsregelung:

Das BFH-Urteil vom 11.10.1989 (BStBl 1990 II S. 89) ist grundsätzlich auf alle noch nicht bestandskräftigen Fälle anzuwenden. Bei Gesellschaftsverträgen, die vor dem 1.4.1990 abgeschlossen worden sind, bestehen jedoch keine Bedenken, die Gründungskosten als Betriebsausgabe anzuerkennen, auch wenn der Gesellschaftsvertrag die im BFH-Urteil vom 11.10.1989 (a. a. O.) genannten strengen Formanforderungen nicht enthält.

4. Grunderwerbsteuer;

hier: Rückabwicklung eines Grundstücksvertrages nach § 16 GrEStG

Schreiben der OFD München vom 3. 6. 1991 — S 4543 — 2/2 St 352

Schreiben der OFD Nürnberg vom 3. 6. 1991 — S 4543 — 65/St 43

1. Anwendungsbereich des § 16 GrEStG

- 1.1 Die Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs kann nach § 16 Abs. 1 GrEStG nur dann grunderwerbsteuerlich anerkannt werden, wenn
 - die vertraglichen Pflichten und Wirkungen aus dem Erwerbsvorgang aufgehoben werden und
 - der Erwerbsvorgang zudem wirtschaftlich rückgängig gemacht wird.

Die letzte Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 4.12.1985, BStBl II 1986, 271 [= MittBayNot 1986, 148]; Beschluß vom 16.9.1987, BStBl II 1987, 826; Urteil vom 7.10.1987, HFR 1988, 348) nur erfüllt, wenn die Vertragspartner derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen werden, daß der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wieder erlangt. Bleiben dagegen zwischen dem Grundstücksveräußerer und dem Ersterwerber Bindungen von grunderwerbsteuerlicher Bedeutung bestehen — der BFH weist in diesem Zusammenhang auf § 1 Abs. 1 Nr. 6 bzw. 7 und auf § 1 Abs. 2 GrEStG hin — so gilt § 16 GrEStG nicht. Einer Bezugnahme auf § 42 AO bedarf es in diesen Fällen nicht, weil sich die Versagung der Vergünstigung unmittelbar aus § 16 GrEStG ergibt (vgl. BFH-Beschluß vom 20. 1. 1988, BFH/NV 1989, 597).

- 1.2 Liegt die Aufhebung eines Erwerbsvorgangs ausschließlich im Interesse eines Dritten, so ist dies für die Anwendung des § 16 Abs. 1 GrEStG unschädlich, wenn zwischen den ursprünglichen Vertragsbeteiligten Bindungen mit grunderwerbsteuerlicher Bedeutung nicht mehr bestehen bleiben (s. Tz. 1.1). Die Bindungen an den Dritten sowie dessen Einflußnahme auf die gewählte Vertragskonstruktion bei der Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs kann sich hier aber als Gestaltungsmaßbrauch im Sinn des § 42 AO darstellen (vgl. BFH-Urteil vom 7.10.1987, BStBl 1988 II S. 296, sowie *Viskorf* in DStR 1988, 206/209).
- 1.3 Die unter Tzn. 1.1 und 1.2 dargestellten Grundsätze gelten auch für die Fälle des § 16 Abs. 2 GrEStG, der wie § 16 Abs. 1 GrEStG voraussetzt, daß der Rückerwerb tatsächlich durchgeführt und der Erwerbsvorgang wirtschaftlich rückgängig gemacht wird.

2. § 16 GrEStG und Steuerbefreiungen

2.1 Bei einer unechten Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs, die zu einer Versagung des § 16 GrEStG führt (s. Tzn. 1.1 und 1.3), sind Steuerbefreiungen, die im Verhältnis des Ersterwerbers zum Zweiterwerber begründet sind, auf die Grundstücksübertragung zwischen dem Veräußerer und dem Zweiterwerber nicht anzuwenden (BFH-Urteil vom 10.2.1988, BStBl II 1988, 547). Der BFH knüpft dabei — wie es dem Wesen der Grunderwerbsteuer als einer Rechtsverkehrsteuer entspricht — formal an die tatsächlich gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung (neuer Vertragsabschluß zwischen Veräußerer und Zweiterwerber) an. Er lehnt eine entsprechende Anwendung des § 42 Satz 2 AO ab; weil § 42 AO ausgeschlossen ist, soweit der Anwendungsbereich des § 16 GrEStG reicht.

2.2 Die Problematik der vorstehenden Ausführungen soll an den folgenden Beispielen verdeutlicht werden:

Beispiel 1:

A erwirbt ein Grundstück zu Alleineigentum. Nach der anschließenden Heirat von A wird der Kaufvertrag insoweit aufgehoben, als A nicht mehr zu Alleineigentum, sondern nur noch einen halben Miteigentumsanteil erwerben soll. Erwerberin der anderen Miteigentumshälfte ist nunmehr die Ehefrau des A. Als Motiv für die Vertragsänderung wird angegeben, A wolle nach der Heirat seine Ehefrau an dem Grundstück beteiligen.

Für die Miteigentumshälfte, die zunächst durch A und später durch seine Ehefrau erworben wurde, fällt zweimal Grunderwerbsteuer an, obwohl bei einer unmittelbaren Übertragung von A auf seine Ehefrau Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 4 GrEStG eingetreten wäre.

Beispiel 2:

Der Bauunternehmer X erwirbt ein Grundstück zur Bebauung. Aus Finanzierungsgründen wird der Kaufvertrag kurze Zeit danach aufgehoben; die Grundstücke werden an eine GbR veräußert, an der neben dem Bauunternehmer X noch eine Immobilien-GmbH beteiligt ist.

Es fällt zweimal Grunderwerbsteuer in voller Höhe an, obwohl bei einer unmittelbaren Übertragung von X auf die GbR Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG in Betracht gekommen wäre.

In beiden Beispielen wird unterstellt, daß die Vertragsaufhebung und der Abschluß der neuen Verträge jeweils vor dem Eigentumsübergang auf den Ersterwerber erfolgt ist. Werden die Aufhebung und der Neuabschluß der Verträge dagegen erst nach dem Eigentumsübergang vorgenommen, so hat dies zur Folge, daß dreimal Grunderwerbsteuer festzusetzen ist.

2.3 Den Beispielfällen ist gemeinsam, daß in Anbetracht der von den Parteien gewählten Abwicklung (Aufhebung des Vertrags zwischen Veräußerer u. Ersterwerber, neuer Vertrag zwischen Veräußerer u. Zweiterwerber) und unter Berücksichtigung der BFH-Rechtsprechung eine höhere Grunderwerbsteuer entsteht, als wenn der unmittelbare Weg (Übertragung des Grundstücks vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber) gewählt worden wäre. Es stellt sich insoweit die Frage, ob die dargelegten nachteiligen Auswirkungen für die Vertragsbeteiligten durch eine Billigkeitsmaßnahme (teilweise) beseitigt werden können.

Die Verkehrsteuerreferenten der Länder haben sich überwiegend dagegen ausgesprochen, für die Fälle der vorliegenden Art eine allgemeine Billigkeitsregelung zu treffen (vgl. Erlaß des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 5. 4. 1990, StEd 1990, 187). Sie haben die Auffassung vertreten, daß es dem Wesen der Grunderwerbsteuer als einer Rechtsverkehrsteuer entspreche, wenn deren Besteuerungstatbestände streng an die tatsächlich gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung anknüpfen. Die an einem Erwerbsvorgang Beteiligten hätten es damit grundsätzlich selbst in der Hand, durch entsprechende zivilrechtliche Gestaltungen bzw. durch unmittelbare Grundstücksübertragungen die Grunderwerbsteuerlichen Folgen zu beeinflussen und eine für sie nachteilige Besteuerung zu vermeiden. Dies schließt jedoch in besonders gelagerten Einzelfällen eine Billigkeitsmaßnahme nicht aus, etwa wenn aus zwingenden Gründen ausschließlich die gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung möglich gewesen sei.

V. St a n d e s n a c h r i c h t e n

A. Personaländerungen

1. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung ab 18.9.1991:

Pirmasens dem Notarassessor
Walter Eisenburger,
bisher in Kaiserslautern
(Notarstelle Dr. Wischermann)

Mit Wirkung ab 1.10.1991:

Regensburg dem Notar
(neuerrichtete Notar- Dr. Peter Götz,
stelle in Sozietät bisher in Regen
mit Notar Kreuzer)

Mit Wirkung ab 1.12.1991:

München dem Notar
(in Sozietät mit Dr. Heinz Korte,
Notar Dr. Keidel) bisher in Würzburg

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung ab 1.9.1991:

Dr. Peter Reibenspies, Würzburg (Notarstelle Kirchner)

Mit Wirkung ab 1.10.1991:

Axel Wilke, Landau/Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

3. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notar Dr. Germar Hüttinger, München, ab 1.12.1991 im Ruhestand

Notarassessor Dr. Christof Münch, Mühldorf a. Inn (Notarstelle Dr. Döhner), ab 15.7.1991 Geschäftsführer der Ländernotarkasse A.d.ö.R. in Leipzig

Notarassessor Gunter Schenckel, Pirmasens (Notarstelle Dr. Fried), ab 1.8.1991 Notar in Leipzig

Notarassessorin Sigrun Erber-Faller, Aichach (Notarstelle Diez), ab 9.9.1991 in Mühldorf (Notarstelle Dr. Döhner)

Notarassessorin Dr. Eva-Maria Hepp, Regensburg (Notarstelle Dr. Sauer), ab 28.10.1991 in München (Notarstelle Zöller)

Notarassessor Dr. Hans-Frieder Krauß, München (Notarstelle Zöller), ab 28.10.1991 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Andreas Albrecht, München (Landesnotarkammer Bayern), ab 1.11.1991 in München (Notarstelle Dr. Steinbauer)

Oberinspektor i.N. Reinhard Wanek, Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/Dr. Ohler), zum 1.10.1991 ausgeschieden

Inspektorin i.N. Margaretha Loichinger, München (Notarstelle Dr. Fauvet), zum 1.10.1991 ausgeschieden

Inspektor Artur Riedl, München (Notarstelle Wetlitzky/Dr. Korsch), zum 1.10.1991 ausgeschieden

B. Offene Regelstellen

Nachstehend aufgeführte Notare haben um die Ausschreibung offener Regelstellen gebeten:

Sties	Anweiler
Huber	Arnstorf
Füger/Hartmann	Augsburg
Dr. Jerschke/Dr. Bernhard	Augsburg
Gruner	Burghausen
Richter	Burgkunstadt
Landau	Dahn
Dr. Vocke	Eichstätt
Schwaiger/Dr. Spinar	Fürstenfeldbruck
Bensch/Füller	Heilsbrunn
Lauckner	Hollfeld
Dr. Kuntz/Dr. Schmalzl	Ingolstadt
v. Koch/Dr. Schmidt	Ingolstadt
Dr. Lintz/Dr. Rapp	Landsberg a. Lech
Scheckenhofer/Dr. Brückner	Lauf
Krebs/Regel	Ludwigshafen
Dr. Schadel	Moosburg
Dr. Döhner/Buchmaier	Mühldorf
Dr. Ritter/Dr. Reuß	München
Dr. Beck/Scholz	München
Jungsberger/Dr. Wirner	München
Dr. Kirchner/Dr. Gerstner	München
Friedrich/Dr. Terwey	München
Dr. Fauvet	München
Schüssel	Nabburg
Lottner/Oltersdorf	Nürnberg
Kreßel	Nürnberg
Bächer	Passau
Dr. Bleutge/Saalfeld	Pfaffenhofen
Krause/Schiebel	Rosenheim
Dr. Düwel/Dr. Ohler	Rosenheim
Thumerer/Thallinger	Schwabmünchen
Dr. Korte	Würzburg

Die Bewerbungen sind an die Notarkasse, Ottostraße 10, 8000 München 2, zu richten. Die Notarkasse wird bei Eingang von Bewerbungen prüfen, ob und gegebenenfalls an welche Notarstelle in ihrem Tätigkeitsbereich eine Versetzung bzw. Übernahme vorgenommen wird.