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 11—12/III, 8000 München 2
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2

Heft 2 MittBayNot März/April 1982

I.

Abhandlungen

Die GmbH-Novelle aus kostenrechtlicher Sicht

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Gliederung

A.

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

1. Errichtung der Ein-Mann-GmbH (§§ 1 ff. GmbHG)
   - 1.1. Bargründung
   - 1.2. Sachgründung
   - 1.3. Bestellung des Geschäftsführers
2. Sicherung der Einlageverpflichtung bei der Ein-Mann-GmbH (§ 7 Abs. 2 GmbHG)
   - 2.1. bei Errichtung der Ein-Mann-GmbH (§ 7 Abs. 2 GmbHG)
   - 2.2. bei Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand (§ 19 Abs. 4 GmbHG)
3. Anmeldung zum Handelsregister
   - 3.1. Versicherung der Geschäftsführer (Liquidatoren) über die Bewirkung der Einlageleistungen, der Sicherung der restigen Einlageverpflichtungen und über das Nichtvorliegen eines Ausschlußgrundes (§§ 8 Abs. 2 und 3, 39 Abs. 3, 67 Abs. 3 GmbHG)
   - 3.2. Belehrung nach § 8 Abs. 3 S. 2 GmbHG
4. Fertigung des Sachgründungsberichts (§ 1 Abs. 4 GmbHG)
5. Anzeige zum Registergericht über die Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand (§ 19 Abs. 4 GmbHG)

B.

Änderung des Handelsgesetzbuches (HGB)

Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung bei Personengesellschaften (§ 19 Abs. 5 HGB)

C.

Änderung des Aktiengesetzes (AktG)

Anmeldung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (§§ 37 Abs. 3, 76 Abs. 3 AktG)

D.

Änderung des Umwandlungsgesetzes (UmwG)

Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns in eine GmbH (§§ 56 a ff. UmwG)

1. Umwandlungserklärung
2. Anmeldung zum Handelsregister
3. Übersicht über die Vermögensgegenstände und die Verbindlichkeiten
4. Fertigung des Sachgründungsberichts

E.

Änderung und Ergänzung des Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (KapErhG)

1. Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§§ 19 ff. KapErhG)
   - 1.1. Verschmelzung durch Aufnahme
   - 1.1.1. Verschmelzungsvertrag
   - 1.1.2. Zustimmungsbeschlüsse
   - 1.1.3. Anmeldung zum Handelsregister
   - 1.2. Verschmelzung durch Neugründung
   - 1.2.1. Verschmelzungsvertrag
   - 1.2.2. Zustimmungsbeschlüsse
   - 1.2.3. Anmeldung zum Handelsregister
   - 1.3. Verschmelzung von mehr als zwei Gesellschaften
2. Verschmelzung einer AG oder einer KGaA mit einer GmbH (§§ 33, 34 KapErhG)
3. Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer GmbH (§ 35 KapErhG)

F.

Übergangsvorschriften der GmbH-Novelle (Art. 12, § 1)

1. Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH auf mindestens 50.000,— DM (§ 1 Abs. 1)
   - 1.1. Beschluß über die Kapitalerhöhung Übernahme der Stammeinlage
   - 1.2. Anmeldung zum Handelsregister

2. Versicherung gegenüber dem Registergericht über die Mindesteinzahlung (§ 1 Abs. 2)
3. Fortsetzung der Gesellschaft (§ 1 Abs. 3)
   3.1. Beschluß der Gesellschafterversammlung
   3.2. Anmeldung zum Handelsregister

G.

Grundbucheintragungen

Abkürzungshinweis

Appell Formularbuch	=	Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 17. Auflage 1980
KAL	=	Korintenberg-Ackermann-Lappe KostO 9. Auflage 1978
RoWe	=	Rohs-Wedewer KostO 2. Auflage Stand Erg.-Lieferung Okt. 1981
Streifzug	=	Streifzug durch die Kostenordnung 2. Auflage 1980, herausgegeben von der Notarkasse

Das am 1.1.1981 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980 (BGBl. I 1980, 836), nachfolgend kurz GmbH-Novelle genannt, brachte auch auf dem Gebiet des Kostenrechts einige Neuerungen.

Die materiell-rechtlichen Probleme der GmbH-Novelle, besonders die Errichtung der Ein-Mann-GmbH, wurden in der Literatur lebhaft diskutiert. In kostenrechtlicher Hinsicht sind bisher nur vereinzelt Rechtsmeinungen veröffentlicht worden.

In dieser Abhandlung der *Prüfungsabteilung der Notarkasse* soll die GmbH-Novelle aus kostenrechtlicher Sicht für die Notare behandelt werden.

Die angegebenen Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind die der Kostenordnung.

A.

1. Errichtung der Ein-Mann-GmbH (§§ 1 ff. GmbHG)

1.1. Bargründung

§ 2 GmbHG n.F. spricht zwar auch bei der Errichtung einer Ein-Mann-GmbH vom „Gesellschaftsvertrag". Die Errichtung der Ein-Mann-GmbH geschieht aber durch einseitige Erklärung des Gründers der Gesellschaft. Ein Vertragsabschluß ist begrifflich nicht möglich (*Priester* DNotZ 1980, 515). Nach Ansicht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages wurde dem ausreichend durch Streichung der bisherigen Worte „des Abschlusses in" in § 2 GmbHG Rechnung getragen (Bundestagsdrucksache 8/3908, Bericht der Abgeordneten *Lambinus, Elmrich* und *Kleinert).* Es handelt sich also richtigerweise um die Feststellung des Gesellschaftsvertrages — der Satzung — der GmbH.

Die Errichtung der Ein-Mann-GmbH durch einseitige Erklärung des Gründers ist kostenrechtlich der Umwandlungserklärung nach §§ 50 ff., 57 ff. UmwG und der Errichtung einer Stiftung durch einseitige Stiftungserklärung gleichzustellen. Für die Umwandlungserklärung ist nach Literatur und Rechtsprechung eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 zu erheben (KAL § 47 Rdnr. 54 und § 36 Rdnr. 4, RoWe § 36 Anm. II S. 382, OLG Celle DNotZ 1974, 314, KG DNotZ 1976, 438, *Göttlich* JurBüro 1973, 91 als Besprechung im Anschluß an OLG Braunschweig 4.8.1971). Für die einseitige Stiftungserklärung ist ebenfalls eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 anzusetzen (KAL § 36 Rdnr. 3).

Für die Beurkundung der Errichtung der Ein-Mann-GmbH ist somit gleichfalls eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 zu erheben (gleiche Meinung RoWe § 36 Anm. II, S. 383, unter Verweisung auf *Scholz* GmbHG § 1 Rdnrn. 26 ff.). Die gegenteilige Meinung von *Mümmler* JurBüro 1981, 837 und von *Willemer* DNotZ 1981, 469 wird nicht geteilt.

Der Geschäftswert bestimmt sich gemäß § 39 Abs. 1 nach dem Wert der Einlage. Der Höchstwert des § 39 Abs. 4 mit 10 Mill. DM darf nicht überschritten werden.

1.2. Sachgründung

Erfolgt die Errichtung der Ein-Mann-GmbH in der Form der Sachgründung und verpflichtet sich der Gründer in dem Gründungsakt durch notariell beurkundeten Vertrag mit der in Gründung befindlichen Gesellschaft zur Erbringung der Sacheinlage, z.B. zur Einbringung eines Grundstücks, liegt Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 mit der Errichtungserklärung vor. Wenn hinsichtlich der Bewirkung der Einlage vertragliche Vereinbarungen beurkundet werden, ist gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 die 20/10 Gebühr nach § 36 Abs. 2 zu erheben.

Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Aktivwert der Einlage ohne Abzug von Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3). Grundbesitz ist nach den Vorschriften des § 19 Abs. 2 zu bewerten. Die im Streifzug, Stichwort Gesellschaftsverträge unter Nr. 1) a) auf S. 123 aufgeführten Bewertungsgrundsätze sind anzuwenden. Auch bei der Sachgründung einschließlich der Erfüllung der Einbringungsverpflichtung ist der Höchstwert auf 10 Mill. DM begrenzt (BayObLG DNotZ 1964, 552).

1.3. Bestellung des Geschäftsführers

Wird der Geschäftsführer durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Gründers bestellt, ist die Bestellung gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 mit der Errichtungserklärung und nicht gesondert zu bewerten.

Eine beschlußmäßige Bestellung des Geschäftsführers erscheint dann erforderlich, wenn die Satzung vorsieht, daß Geschäftsführern durch Beschluß der Gesellschafterversammlung Einzelvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann und von dieser Möglichkeit bei der ersten Bestellung Gebrauch gemacht wird (Streifzug, Stichwort Gesellschaftsverträge unter Nr. 3) S. 126).

Für die beschlußmäßige Bestellung des Geschäftsführers ist eine 20/10 Gebühr nach § 47 zu erheben. Der Geschäftswert bestimmt sich gemäß §§ 27 Abs. 1 und 2 Satz 3, 26 Abs. 4 nach dem halben Stufenwert. Bei der Neugründung kann bei der Berechnung des Stufenwertes anstelle des Betriebsvermögens vom Stammkapital ausgegangen werden. Die Gebühren nach §§ 36 und 47 sind getrennt anzusetzen.

2. Sicherung der Einbringungsverpflichtung bei der Ein-Mann-GmbH

2.1. Errichtung der Ein-Mann-GmbH

Wird die Sicherung der Einbringungsverpflichtung nach § 7 Abs. 2 GmbHG in die Urkunde über die Errichtung der Ein-Mann-GmbH mitaufgenommen, handelt es sich um eine Sicherungserklärung im Sinn des § 44 Abs. 1, die nicht zusätzlich zu bewerten ist.

Wenn zur Bestellung der Sicherheitsleistung ein notariell beurkundeter Vertrag erforderlich ist, z.B. bei Verpfändung eines Anwartschaftsanspruchs, eines Erbanteils, eines GmbH-Geschäftsanteils, und diese vertraglichen Vereinbarungen in die Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft aufgenommen werden, ist gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 die in Betracht kommende höhere Gebühr (20/10) für die beurkundeten Erklärungen zu erheben.

Bei getrennter Beurkundung der Errichtung der GmbH und der Sicherheitsleistung hat die Bewertung nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften der Kostenordnung zu erfolgen.

2.2 Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand

Bei der Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand ist die nach § 19 Abs. 4 GmbHG geforderte Sicherheitsleistung für die Gesellschaft kein Erfüllungs- oder Sicherungsgeschäft zum Übertragungsgeschäft. Eine mitbeurkundete Sicherheitsleistung ist deshalb als gegenstandsverschiedenes Geschäft gemäß § 44 Abs. 2 getrennt nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften zu bewerten.

3. Anmeldung zum Handelsregister

3.1. Versicherung der Geschäftsführer

Die zur Anmeldung künftig erforderlichen Versicherungen der Geschäftsführer (Liquidatoren) über die Bewirkung der Einlageleistungen, der Sicherung der restigen Einlageverpflichtungen und über das Nichtvorliegen eines Ausschlußgrundes gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 GmbHG (§§ 8 Abs. 2 und 3, 39 Abs. 3, 67 Abs. 3 GmbHG) sind mit der Anmeldung gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 ebenso wie die bisher schon erforderlich gewesene Versicherung über die Bewirkung der Einlagen. Diese abzugebenden Versicherungen sind deshalb nicht zusätzlich zu bewerten.

Die Anmeldung ist im übrigen nach den für die Anmeldungen zum Handelsregister üblichen Grundsätzen zu bewerten.

3.2. Belehrung nach § 8 Abs. 3 S. 2 GmbHG

Übernimmt der Notar, der den Entwurf der Anmeldung zum Handelsregister gefertigt hat, die Belehrung der Geschäftsführer über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht, dürfte es sich um ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 handeln. Bei bloßer Beglaubigung der Unterschriften und der Namenszeichnung, ohne Entwurffertigung, steht dem Notar für die im Auftrag der Beteiligten vorgenommene Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 1 zu. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 zu bestimmen. Vorgeschlagen wird ein Schätzwert von 30—50% des halben Stufenwertes nach § 26 Abs. 4. Werden mehrere Geschäftsführer (Liquidatoren) belehrt, ist die Gebühr nach § 147 Abs. 1 für jede Belehrung getrennt zu erheben.

Zur Frage der Notwendigkeit der Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG wird auf die Entscheidung des BayObLG vom 10.12.1981 DNotZ 1982, 181 (m. Anm. *Brambring*) = MittBayNot 1982, 77 (in diesem Heft) verwiesen.

4. Fertigung des Sachgründungsberichts durch den Notar

Wird bei einer Sachgründung der Notar von den Beteiligten beauftragt, den nach § 1 Abs. 4 GmbHG bei dem Registergericht einzureichenden Sachgründungsbericht zu fertigen, handelt es sich um ein gebührenpflichtiges Nebengeschäft nach § 147 Abs. 1. Der Geschäftswert für diese Tätigkeit ist gemäß § 30 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu bestimmen. Ein Schätzwert von 20—30% des Wertes der Sacheinlage, ohne Abzug von Verbindlichkeiten, ist vertretbar.

Nachdem es sich bei dem Sachgründungsbericht nicht um eine Willenserklärung handelt, scheidet eine Bewertung nach § 145 aus (siehe hierzu KAL § 145 Rdnrn. 2 ff.).

5. Anzeige zum Registergericht über die Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand

Bei der Anzeige über die Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand handelt es sich um keine Anmeldung zum Handelsregister, sondern um eine nicht eintragungsfähige Anzeige an das Registergericht.

Entwirft der Notar im Auftrag der Beteiligten diese Anzeige, die nicht öffentlich beglaubigt sein muß, hat die Bewertung ähnlich der Erstellung der Liste der Gesellschafter oder der Fertigung eines nicht zur Eintragung führenden Antrages zu erfolgen (KAL § 38 Rdnr. 63).

Zu erheben ist eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 1.

Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu bestimmen. Ein Wert von ca. 20% des Wertes aller Geschäftsanteile der GmbH ist vertretbar.

B.

Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung bei einer Personengesellschaft (§ 19 Abs. 5 HGB)

Der Firmenzusatz war bereits aufgrund der Entscheidungen des BGH vom 18.3.1974 (MittBayNot 1974, 162) und vom 18.9.1975 (MittBayNot 1975, 268) erforderlich. In kostenrechtlicher Hinsicht wird hierzu auf die Abhandlung der *Prüfungsabteilung der Notarkasse* in MittBayNot 1976, 12 unter Nr. 12 b) verwiesen.

1.1. Kennzeichnung ohne sonstige Anmeldung

Wird der Firmenzusatz allein angemeldet, handelt es sich um eine spätere Anmeldung unbestimmten Geldwertes. Der Geschäftswert bestimmt sich gemäß § 26 Abs. 4 mit dem halben Stufenwert.

1.2. Kennzeichnung in Verbindung mit einer Änderung beim Firmeninhaber

Erfolgt die Anmeldung über die Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung in Verbindung mit der Anmeldung des Übergangs der Firma auf einen neuen Inhaber oder mit der Anmeldung der Änderung der Gesellschafterstellung von Gesellschaftern dahingehend, daß keine natürliche Person mehr als persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, ist der erforderliche Firmenzusatz gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 mit diesen Änderungen. Die Kennzeichnung ist deshalb nicht gesondert zu bewerten.

1.3. Kennzeichnung in Verbindung mit einer anderen Anmeldung

Wird der Firmenzusatz in Verbindung mit einer anderen, nicht den Zusatz auslösenden Eintragung angemeldet, liegt Gegenstandsverschiedenheit nach § 44 Abs. 2 zu der anderen Anmeldung vor. Für die Anmeldung des Firmenzusatzes ist in diesem Falle als selbständige spätere Anmeldung mit unbestimmtem Geldwert der halbe Stufenwert nach § 26 Abs. 4 als Geschäftswert anzusetzen.

Wird der Entwurf der Anmeldung durch den Notar gefertigt, ist eine 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 zu erheben.

C.

Anmeldung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft,
Versicherung über keinen Ausschlußgrund (§§ 37 Abs. 3, 76 Abs. 3 AktG)

Hier gilt sinngemäß das zu A. 3. Gesagte.

D.

Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns in eine GmbH (§§ 56 a ff. UmwG)

1. Umwandlungserklärung

Die Umwandlungserklärung des Einzelkaufmanns muß gemäß § 56 b UmwG enthalten

a) die Errichtung der GmbH (Ein-Mann-GmbH) nebst Feststellung des Gesellschaftsvertrages,
b) die Übertragung des Geschäftsvermögens der Einzelfirma auf die GmbH.

Die Bewertung der Umwandlungserklärung erfolgt analog der Bewertung der Umwandlungserklärung nach den Abschnitten vier und fünf des Umwandlungsgesetzes (Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns durch Übertragung des Geschäftsvermögens auf eine AG oder eine KGaA, Übertragung des Unternehmens einer Gebietskörperschaft auf eine AG).

Wegen der Bewertung dieser Umwandlungserklärungen wird auf KAL § 47 Rdnrn. 51, 52, 54 sowie § 39 Rdnr. 87, ferner auf die Entscheidungen OLG Celle DNotZ 1974, 314, KG DNotZ 1976, 438 sowie auf *Göttlich* JurBüro 1973, 91 im Anschluß an die Entscheidung OLG Braunschweig vom 4.8.1971 verwiesen.

Die Umwandlungserklärung des Einzelkaufmanns ist wie folgt zu bewerten:

Geschäftswert, § 39 Abs. 1,

a) Errichtung der GmbH, nebst Feststellung des Gesellschaftsvertrages,

   Geschäftswert: Höhe des Stammkapitals,

b) Übertragung des Firmenvermögens auf die GmbH

   Geschäftswert: Summe der Aktiva des übertragenen Vermögens, ohne Abzug von Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3),

die zusammengerechneten Werte ergeben den Geschäftswert.

Die Höchstwertvorschrift des § 39 Abs. 4 ist anzuwenden. Der Höchstwert von 10 Mill. DM darf insgesamt für die Umwandlungserklärung nicht überschritten werden.

Da es sich bei der Umwandlungserklärung um eine einseitige Erklärung handelt, ist eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 zu erheben.

2. Anmeldung zum Handelsregister

Die Bewertung hat in gleicher Weise zu erfolgen wie bei der Umwandlung nach den Abschnitten 4 und 5 UmwG (Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns durch Übertragung des Geschäftsvermögens auf eine KG oder KGaA, Übertragung des Unternehmens einer Gebietskörperschaft auf eine AG).

Hierwegen wird auf KAL § 26 Rdnrn. 28 ff. und auf RoWe § 26 Fußnote 15 a) verwiesen.

Die Anmeldung der Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns auf eine neu errichtete GmbH ist eine Anmeldung mit bestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert bestimmt sich nach der Höhe des Stammkapitals der errichteten GmbH. Der Höchstwert von 1 Mill. DM (§ 26 Abs. 10) darf nicht überschritten werden.

Falls der Entwurf der Anmeldung vom Notar gefertigt wurde, ist eine 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 zu erheben.

3. Übersicht über die Vermögensgegenstände und die Verbindlichkeiten (§ 56 c Abs. 3 Satz 2, § 52 Abs. 4 UmwG).

Für die erforderliche Beglaubigung der Unterschrift des Einzelkaufmanns unter die Übersicht über die Vermögensgegenstände und die Verbindlichkeiten fällt eine 1/4 Gebühr nach § 45 im Höchstbetrag von 250,— DM an. Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu bestimmen. Ein Schätzwert von 20—30% des Wertes der Vermögensgegenstände, ohne Abzug von Verbindlichkeiten, ist vertretbar.

Wird der Notar beauftragt, die Übersicht zu erstellen, steht ihm hierfür eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 1, neben der Beglaubigungsgebühr nach § 45, zu. Der Geschäftswert bestimmt sich in gleicher Weise wie für die Beglaubigungsgebühr.

4. Fertigung des Sachgründungsberichts (§ 56 d UmwG)

Es gelten die gleichen Bewertungsgrundsätze wie sie in Teil A. unter Nr. 4 dargelegt wurden.

E.

1. Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§§ 19 ff. KapErhG)

Die Verschmelzung ist möglich

1) durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) als Ganzes auf eine andere Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) — Verschmelzung durch Aufnahme —,

2) durch Bildung einer neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf die das Vermögen jeder der verschmelzenden Gesellschaften als Ganzes übergeht — Verschmelzung durch Neubildung —.

Beurkundungspflichtig sind in beiden Fällen

a) der Verschmelzungsvertrag (§ 21 Abs. 4 KapErhG),
b) die Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlungen beider Gesellschaften (§ 20 Abs. 3 KapErhG).

Der Verschmelzungsvertrag, die Zustimmungsbeschlüsse sowie die Anmeldung zum Handelsregister sind wie folgt zu bewerten:

1.1. Verschmelzung durch Aufnahme

1.1.1. Verschmelzungsvertrag

Der Geschäftswert bestimmt sich gemäß § 39 Abs. 2 nach dem Aktivwert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft, ohne Abzug von Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3). Falls die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zu gewährenden Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft einen höheren Wert haben, ist gemäß § 39 Abs. 2 dieser höhere Wert als Geschäftswert anzusetzen.

Konzernverpflichtungen sind bei der Geschäftswertbestimmung nicht abzuziehen (BayObLG Rpfleger 1975, 268).

Echte Wertberichtigungen auf Forderungen und Verlustvorträge auf der Aktivseite sind nach den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen absetzbar. Wenn und soweit der Passivposten „Anzahlung von Kunden" einer Wertberichtigung des Gegenpostens „Nicht abgerechnete, angefangene und/oder fertige Arbeiten" auf der Aktivseite gleichkommt, kann im Einzelfall eine Saldierung dieser beiden Posten vorgenommen werden (OLG Hamm Rpfleger 1965, 374, LG Zweibrücken MittBayNot 1979, 39; auch *Ackermann* JurBüro 1974, 1219).

Zu erheben ist eine 20/10 Gebühr nach § 36 Abs. 2.

Die Vorschrift des § 39 Abs. 4 mit der Begrenzung des Geschäftswertes auf höchstens 10 Mill. DM gilt nur für die Beurkundung von Satzungen, also bei Verträgen, die die Vereinigung von Leistungen in der Hand einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, nicht aber für Austauschverträge nach § 39 Abs. 2. Die Sondervorschrift des § 39 Abs. 4 gilt deshalb nicht für Verschmelzungsverträge (hinsichtlich der Verschmelzung von Aktiengesellschaften siehe BayObLG Rpfleger 1975, 268, KAL § 39 Rdnr. 87, RoWe § 39 Anm. III b).

Da es sich bei der Beurkundung des Verschmelzungsvertrages um die Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Willens-

erklärungen handelt, ist auch die Vorschrift des § 47 Satz 2 (Begrenzung der Beurkundungsgebühr auf höchstens 10.000,— DM) nicht anwendbar.

1.1.2. Zustimmungsbeschlüsse

Die Zustimmungsbeschlüsse der beiden Gesellschaften (übertragende und übernehmende Gesellschaft) sind Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert des Verschmelzungsvertrages ist auch als Geschäftswert für jeden der beiden Zustimmungsbeschlüsse anzusetzen.

Zu erheben ist für beide Zustimmungsbeschlüsse eine 20/10 Gebühr nach § 47. Bei den Beschlüssen ist jedoch die Beurkundungsgebühr gemäß § 47 Satz 2 je auf die Höchstgebühr von 10.000,— DM begrenzt.

Wird zur Durchführung der Verschmelzung das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft erhöht, ist der Beschluß über die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft gesondert zu bewerten. Als Geschäftswert des Beschlusses über die Kapitalerhöhung ist der Erhöhungsbetrag anzusetzen (*Appell* Formularbuch Nr. 1366 S.1476, *Ackermann* JurBüro 1974, 1219).

Die Werte für den Zustimmungsbeschluß und den Beschluß über die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft sind gemäß §§ 27 Abs. 2, 44 Abs. 2 a) zusammenzurechnen.

Für die Beschlüsse der übernehmenden Gesellschaft über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag und über die Kapitalerhöhung ist die Beurkundungsgebühr insgesamt auf den Höchstbetrag von 10.000,— DM begrenzt (§ 47 Satz 2).

Die in §§ 55 Abs. 1 GmbHG vorgeschriebene Übernahmeerklärung ist beim Verschmelzungsvertrag nicht erforderlich (§ 22 Abs. 1 KapErhG). Die üblicherweise bei Kapitalerhöhungen zum Ansatz gelangende Gebühr für die Übernahmeerklärung kommt deshalb hier nicht in Betracht.

1.1.3. Anmeldung zum Handelsregister

Die Verschmelzung ist zur Eintragung in das Handelsregister sowohl bei der übertragenden Gesellschaft als auch bei der übernehmenden Gesellschaft anzumelden.

Wird zur Durchführung der Verschmelzung das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft erhöht, ist auch die Kapitalerhöhung anzumelden (§§ 22, 25 Abs. 1 Satz 2 KapErhG).

Die Anmeldung der Verschmelzung ist bei beiden Gesellschaften eine Anmeldung mit unbestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert bestimmt sich bei beiden Gesellschaften mit dem halben Stufenwert nach § 26 Abs. 4.

Bei der Anmeldung zur Eintragung bei der übertragenden Gesellschaft berechnet sich der Stufenwert aus deren Betriebsvermögenswert gemäß § 26 Abs. 2. Bei der Anmeldung zur Eintragung bei der übernehmenden Gesellschaft ist der Stufenwert aus deren Betriebsvermögenswert im Sinn des § 26 Abs. 2 zu bestimmen.

Wird das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft erhöht, ist diese Anmeldung gesondert gemäß § 44 Abs. 2 a), und zwar als Anmeldung mit bestimmtem Geldwert, zu bewerten. Der Geschäftswert dieses Teils der Anmeldung bestimmt sich nach dem Erhöhungsbetrag.

Werden bei der übernehmenden Gesellschaft sonstige Änderungen angemeldet, etwa eine Änderung bei den Geschäftsführern, sind diese Anmeldungen gesondert nach den allgemeinen Vorschriften über die Bewertung von Anmeldungen zum Handelsregister zu bewerten.

Die Geschäftswerte für alle Anmeldungen bei der übernehmenden Gesellschaft sind gemäß § 44 Abs. 2 a) zusammenzurechnen.

Der Geschäftswert der Anmeldungen bei beiden Gesellschaften ist je auf den Höchstwert von 1 Mill. DM begrenzt (§ 26 Abs. 10).

Für die Anmeldungen ist je die 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 zu erheben, wenn der Notar den Entwurf der Anmeldung gefertigt hat.

Die nach § 24 Abs. 2 KapErhG notwendigen Erklärungen der Geschäftsführer sind gegenstandsgleich mit der Anmeldung und nicht zusätzlich zu bewerten.

Die Fertigung der nach § 24 Abs. 4 KapErhG zu erstellenden berichtigten Gesellschafterliste durch den Notar ist ein gebührenpflichtiges Nebengeschäft nach § 147 Abs. 1 (siehe Streifzug, Stichwort Anmeldung zum Handelsregister, Beispiel Nr. 1 S. 26).

Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1. Angemessen sind 10—20 % des Stammkapitals der übernehmenden Gesellschaft.

1.2. Verschmelzung durch Neugründung

1.2.1. Verschmelzungsvertrag

Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Aktivwert des Vermögens der beiden übertragenden Gesellschaften, ohne Abzug von Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3).

Hinsichtlich der Bewertung des Vermögens beider Gesellschaften gelten die vorstehend in 1.1.1. aufgeführten Grundsätze.

Die Verschmelzung durch Neubildung ist nach der Kostenrechtsprechung gleichfalls ein Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2; die Sondervorschrift des § 39 Abs. 4 ist auch bei der Verschmelzung durch Neubildung nicht anwendbar (BayObLG Rpfleger 1975, 268).

Die Niederlegung der Satzung (des Gesellschaftsvertrages) der neuen Gesellschaft ist gegenstandsgleich mit dem Verschmelzungsvertrag und gemäß § 44 Abs. 1 nicht gesondert zu bewerten (ebenso *Appell* Formularbuch § 154 Nr. 1374, a.A. RoWe § 27 Anm. IV. 3. hinsichtlich der übertragenden Umwandlung auf eine neu errichtete oHG gemäß §§ 16 ff. UmwG).

Für die Bestellung der Geschäftsführer der neuen Gesellschaft, gegebenenfalls auch für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, gilt sinngemäß das unter A. 1.3. Gesagte.

Bei Beurkundung des Beschlusses über die Wahl der Geschäftsführer und der Aufsichtsratsmitglieder der neuen Gesellschaft ist gesondert eine 20/10 Gebühr nach § 47, neben der Gebühr nach § 36 Abs. 2 für den Verschmelzungsvertrag, zu erheben. Der Geschäftswert bestimmt sich mit dem halben Stufenwert (§§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4), berechnet aus dem sich ergebenden Betriebsvermögenswert der neuen Gesellschaft im Sinn des § 26 Abs. 2. Mehrere Wahlen gelten dabei als ein Beschluß (§ 27 Abs. 2 Satz 3).

1.2.2. Zustimmungsbeschlüsse

Die Zustimmungsbeschlüsse der übertragenden Gesellschaften sind Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert bestimmt sich bei jeder der beiden übertragenden Gesellschaften nach dem Aktivwert ihres übertragenen Vermögens, ohne Abzug von Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3). Das übertragene Aktivvermögen wird dabei wie bei der Wertbestimmung für den Verschmelzungsvertrag selbst berechnet.

Der nach § 32 Abs. 2 KapErhG erforderliche Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung der beiden übertragenden Gesellschaften zum Gesellschaftsvertrag der neuen Gesellschaft sowie der Zustimmungsbeschluß zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der neuen Gesellschaft sind gegenstandsgleich nach §§ 27 Abs. 2, 44 Abs. 1 mit dem Beschluß über die Zustimmung zur Verschmelzung selbst und deshalb nicht gesondert zu bewerten.

1.2.3. Anmeldung zum Handelsregister

Anzumelden sind die neue Gesellschaft und die Verschmelzung der übertragenden Gesellschaften (§ 32 Abs. 4 und 7 KapErhG).

Die Anmeldung der neuen Gesellschaft ist eine Anmeldung mit bestimmtem Geldwert in Höhe des einzutragenden Stammkapitals der neuen Gesellschaft.

Die Anmeldung der Verschmelzung ist bei beiden Gesellschaften eine Anmeldung mit unbestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert bestimmt sich deshalb bei beiden Gesellschaften insoweit mit dem halben Stufenwert nach § 26 Abs. 4. Der Stufenwert ist zu berechnen aus dem Betriebsvermögenswert der neuen Gesellschaft, der gemäß § 26 Abs. 2 und 6 unter Zugrundelegung der vereinigten Betriebsvermögensmassen der beiden verschmolzenen Gesellschaften im Sinn des § 26 Abs. 2 errechnet werden kann.

Der Geschäftswert der Anmeldungen ist je auf den Höchstwert von 1 Mill. DM begrenzt (§ 26 Abs. 10).

Für die Anmeldung ist, wenn der Entwurf vom Notar gefertigt wurde, eine 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 zu erheben.

Die nach §§ 32 Abs. 1, 24 Abs. 2 KapErhG notwendigen Erklärungen der Geschäftsführer der neuen Gesellschaft, die nach § 8 Abs. 3 GmbHG erforderliche Versicherung der Geschäftsführer sowie die Namenszeichnung der Geschäftsführer sind mit der Anmeldung gegenstandsgleich und nicht zu bewerten.

Für die Fertigung der nach §§ 32 Abs. 1, 24 Abs. 4 KapErhG zu erstellenden Liste der Gesellschafter der neuen Gesellschaft steht dem Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 zu (Streifzug, Stichwort Anmeldung zum Handelsregister Beispiel Nr. 1, S. 26). Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1. Angemessen sind 10—20% des Stammkapitals der neuen Gesellschaft.

1.3. Verschmelzung von mehr als zwei Gesellschaften

Es gilt sinngemäß das vorstehend unter 1.1. und 1.2. Ausgeführte.

2. Verschmelzung einer AG oder einer KGaA mit einer GmbH (§§ 33, 34 KapErhG)

Es gelten die gleichen Bewertungsgrundsätze wie sie vorstehend unter 1. dargelegt wurden.

3. Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer GmbH (§ 35 KapErhG)

Auch hier gelten die gleichen Bewertungsgrundsätze wie sie vorstehend unter 1. dargelegt wurden.

F.

1. Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH auf mindestens 50.000,— DM (Art. 12 § 1 Abs. 1 GmbH-Novelle)

1.1. Beschluß über die Kapitalerhöhung, Übernahmeerklärung bzw. Übernahmevertrag

Die Kapitalerhöhung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 53 ff. GmbHG, also durch beurkundeten Beschluß über die Erhöhung des Stammkapitals und durch öffentlich beglaubigte oder beurkundete Übernahmeerklärung bzw. den Übernahmevertrag.

Die Bewertung hat entsprechend den hierfür maßgeblichen Bewertungsgrundsätzen zu erfolgen (siehe Streifzug, Stichwort Beschlüsse von Kapitalgesellschaften Beispiel Nr. 3, S. 58/59).

Erfolgt die Kapitalerhöhung durch Sacheinlage und wird auch der Sacheinlagevertrag beurkundet, ist für den Einbringungsvertrag die 20/10 Gebühr nach §§ 36 Abs. 2, 44 Abs. 1 Satz 1 zu erheben. Die Übernahmeerklärung und der Einbringungsvertrag sind gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 (KAL § 144 Rdnr. 47). Die Übernahmeerklärung ist deshalb nicht eigens zu bewerten.

1.2. Anmeldung zum Handelsregister

Es handelt sich um eine Anmeldung mit bestimmtem Geldwert. Der Geschäftswert bestimmt sich mit dem Nennbetrag der Kapitalerhöhung, höchstens jedoch auf 1 Mill. DM (§ 26 Abs. 10).

Zu erheben ist, wenn der Entwurf der Anmeldung vom Notar gefertigt wurde, eine 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7.

Die nach §§ 8 Abs. 2, 57 GmbHG, Art. 12 § 1 Abs. 1 GmbH-Novelle abzugebenden Versicherungen sind gegenstandsgleich und nicht zusätzlich zu bewerten.

Für die Fertigung der Liste der Gesellschafter steht dem Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 zu (Streifzug, Stichwort Anmeldung zum Handelsregister Beispiel Nr. 1, S. 26). Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1. Angemessen sind 10—20% des erhöhten Stammkapitals der Gesellschaft.

2. Versicherung gegenüber dem Registergericht (Art. 12 § 1 Abs. 2 GmbH-Novelle)

Die Versicherung gegenüber dem Registergericht über die Mindesteinzahlung bei Gesellschaften mit einem Stammkapital von 50.000,— DM bis 100.000,— DM ist keine Anmeldung zum Handelsregister.

Fertigt der Notar die Erklärung, die nicht öffentlich beglaubigt sein muß, ist hierfür eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 1 angefallen und zu erheben. Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu bestimmen. Ein Geschäftswert von 10—20% des Wertes aller Geschäftsanteile der Gesellschaft ist vertretbar.

3. Fortsetzung der Gesellschaft (Art. 12 § 1 Abs. 3 GmbH-Novelle)

3.1. Beschluß der Gesellschafterversammlung

Der Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft ist nicht beurkundungspflichtig. Wird gleichwohl der Beschluß notariell beurkundet, liegt ein Beschluß mit unbestimmtem Geldwert vor. Der Geschäftswert ist gemäß §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 mit dem halben Stufenwert, berechnet aus dem Betriebsvermögenswert der Gesellschaft, zu bestimmen.

Werden mehrere Beschlüsse beurkundet, etwa der Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft und der Beschluß über die Kapitalerhöhung, sind die Werte gemäß §§ 27 Abs. 2, 44 Abs. 2 a) zusammenzurechnen. Wegen des Wertes des Beschlusses über die Kapitalerhöhung wird auf die vorstehend unter 1.1. gemachten Ausführungen verwiesen.

Zu erheben ist eine 20/10 Gebühr nach § 47.

Entwirft der Notar lediglich die Formulierung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung über die Fortsetzung der Gesellschaft, ist eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 zu erheben; § 145 kommt nicht in Betracht (KAL § 145 Rdnr. 2). Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu bestimmen. Vorgeschlagen wird ein Schätzwert in Höhe des halben Stufenwertes nach § 26 Abs. 4.

3.2. Anmeldung zum Handelsregister

Es handelt sich um eine spätere Anmeldung mit unbestimmtem Geldwert. Als Geschäftswert ist gemäß § 26 Abs. 4 der halbe Stufenwert, berechnet aus dem Betriebsvermögenswert der Gesellschaft, anzusetzen. Eine Kapitalerhöhung ist zusätzlich mit dem Nennbetrag der Erhöhung zu bewerten.

Zu erheben ist eine 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, sofern der Notar den Entwurf der Anmeldung gefertigt hat.

G.

Grundbucheintragungen

Bei verschiedenen hier behandelten Vorgängen ist auch eine Eintragung im Grundbuch erforderlich, wenn von dem Rechtsvorgang das Eigentum an Grundbesitz oder dingliche Rechte an Grundbesitz betroffen werden.

Miterklärte Auflassungen, Bewilligungen und Anträge sind mit dem beurkundeten schuldrechtlichen Geschäft gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 und nicht gesondert zu bewerten.

Bei der nach § 19 Abs. 5 HGB n.F. geforderten Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung beim Firmennamen handelt es sich bei der Eintragung im Grundbuch nicht um die Eintragung eines neuen Eigentümers, sondern lediglich um eine Änderung des Namens des Eigentümers bzw. Berechtigten. Der Geschäftswert ist deshalb nach § 30 Abs. 1 zu bestimmen. Ein Schätzwert von 10—20% des Wertes des Grundbesitzes bzw. des betroffenen dinglichen Rechtes ist vertretbar (Streifzug, Stichwort Berichtigungsanträge Beispiel Nr. 3, S. 51, BayObLG MittBayNot 1981, 45).

Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Grundbuchamt.*

Von *Dr. Günter Schmitz,*
Richter am Oberlandesgericht München und Lehrbeauftragter an der Universität Augsburg.

I. Einführung in die Problemstellung

Obgleich allgemeine Geschäftsbedingungen schon nach der Art ihres einseitigen Zustandekommens nicht dem Leitbild freiausgehandelter Vertragsvereinbarungen entsprechen, sondern ihre rechtliche Wirksamkeit einer weitgehenden Unterwerfung der einen unter die vorformulierten Bedingungen der anderen Seite verdanken, können sie eine durchaus positiv zu bewertende Funktion erfüllen. So können allgemeine Geschäftsbedingungen insbesondere die Abwicklung von Massenverträgen rationalisieren und vereinfachen. Ferner vermögen vorgedruckte Klauseln die vom Gesetz ungeregelten oder unzureichend geregelten Sachbereiche rechtlich klar zu ordnen und die für Massengeschäfte maßgeblichen Vertragsbestimmungen rasch an veränderte wirtschaftliche Entwicklungen anzupassen.

Mindestens ebenso stark sind allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch von dem Bestreben ihrer Verwender geprägt, die eigene Rechtsposition zu stärken und die Rechte der anderen Seite durch Überbürdung der Geschäftsrisiken zu verkürzen. Die einseitige Verfolgung von Interessen der Klauselverwender äußert sich oft in einer elementaren Mißachtung der Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit.[1]

Die vorrangige rechtspolitische Zielsetzung des AGB-Gesetzes lag daher darin, bei der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen wieder Geltung zu verschaffen. Das Gesetz beabsichtigte demzufolge nichts anderes, als die durch eine ungehemmte Entwicklung im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen gestörte Funktion der Vertragsfreiheit wieder herzustellen.

Den eigentlichen Schwerpunkt des Gesetzes bilden die im zweiten Abschnitt enthaltenen Vorschriften über unwirksame Klauseln (§§ 9 — 11). Sie liefern den Maßstab für den zulässigen Inhalt von allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Das AGB-Gesetz unterscheidet drei Verbotsformen, nämlich die Klauselverbote ohne Wertungsspielraum (§ 11 AGBG), die Klauselverbote mit Wertungsspielraum (§ 10 AGBG) und die Generalklausel (§ 9 AGBG).[2] Jede Bestimmung ist zunächst darauf zu prüfen, ob sie unter den Verbotskatalog des § 11 AGBG fällt. Die dort genannten Klauseln sind eindeutig in ihrem Inhalt beschrieben; ein Abwägen nach Billigkeitsgesichtspunkten oder eine Angemessenheitsprüfung findet nicht statt. Fällt eine Klausel nicht unter § 11 AGBG, so ist der Katalog des § 10 AGBG zu prüfen. Die darin genannten Klauseln unterscheiden sich von denen des § 11 AGBG duch die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe; es handelt sich um Bestimmungen, die zwar grundsätzlich benachteiligenden Charakters sind, aber im Einzelfall auch eine angemessene Regelung darstellen können. Das Gesetz verlangt deshalb in diesem Bereich eine Wertung durch Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe.

Fällt eine Bestimmung weder unter § 10 AGBG noch unter § 11 AGBG, so ist sie schließlich an § 9 AGBG zu messen. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Generalklausel mit Auffangcharakter.[3] Sie verbietet als zwingendes Recht generell alle Vereinbarungen, die den Vertragspartner des Klauselverwenders entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Ob eine unangemessene Benachteiligung im Einzelfall vorliegt, läßt sich nur unter Berücksichtigung der Art des konkreten Vertrages, der Beteiligten und der die jeweiligen Klausel ergänzenden Regelungen beurteilen.

Das AGB-Gesetz ist schon bald nach seinem Inkrafttreten in das Blickfeld der Grundbuchämter geraten. Die Diskussion entzündete sich an der Frage, ob und inwieweit das Grund-

[1] Vgl. zum ganzen ausführlich Schmitz, Kommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1977, S. 8 ff.

[2] Vgl. im einzelnen Eickmann Rpfleger 1978, 7

[3] Palandt-Heinrichs, 40. Aufl. 1981, AGBG, § 9 Anm. 1a

buchamt allgemeine Geschäftsbedingungen unter dem Gesichtspunkt des AGB-Gesetzes beanstanden dürfe. Eine endgültige Klärung des Problem ist trotz umfangreicher Diskussion in Literatur und Rechtsprechung bis heute nicht eingetreten.[4]

II. Prüfungsbefugnis des Rechtspflegers

Die Befugnis des Grundbuchamts, beanstandete Vertragsbestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem AGB-Gesetz generell zu überprüfen, wird heute kaum mehr ernsthaft bestritten.[5] Die Auffassung, eine Inhaltskontrolle verbiete sich von vornherein, weil dem Grundbuchamt nur ein formelles Prüfungsrecht zukomme.[6] hat sich ebensowenig durchgesetzt wie die Ansicht, die Inhaltskontrolle obliege lediglich dem pflichtgemäßen Ermessen des Grundbuchamtes.[7] Zutreffend hat das Bayerische Oberste Landesgericht[8] ausgeführt, daß das Grundbuchamt als Organ der staatlichen Rechtspflege das AGB-Gesetz als geltendes Recht berücksichtigen müsse. Die Richtigkeit des Grundbuchs ist nur dann gewährleistet, wenn bei der Führung dieses Registers wie bei jedem anderen gerichtlichen Verfahren die Gesetze beachtet werden, da Verfahrensordnungen nicht dazu dienen dürfen, einen gesetzwidrigen Zustand herbeizuführen.[9]

Diese Prüfungsbefugnis steht nicht etwa nur dem Richter, sondern auch dem Rechtspfleger am Grundbuchamt zu. Dabei kann offenbleiben, ob man den Rechtspfleger als gesetzlichen Richter in den ihm übertragenen Aufgabenbereichen ansieht.[10] Selbst wenn man ihm die Gerichtsqualifikation im verfassungsrechtlichen Sinn nicht zuerkennt, hat dies auf die Prüfungsbefugnis des Rechtspflegers hinsichtlich der allgemeinen Geschäftbedingungen keinen Einfluß. Zurecht hat *Eickmann*[11] darauf hingewiesen, daß das Verfahren vor dem Rechtspfleger keine geringere Rechtsschutzqualität aufweisen darf als das Verfahren vor dem Richter. Im Interesse des betroffenen Bürgers darf die Beanstandung von AGB-Klauseln nicht davon abhängen, ob als Rechtspflegeorgan ein Richter oder ein Rechtspfleger tätig geworden ist.[12] Für dieses Ergebns spricht nicht zuletzt die Vorschrift des §4 RpflG.

III. Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts und Grundsätze des Grundbuchrechts

Problematisch ist, ob eine Prüfung anhand des AGB-Gesetzes durch das Grundbuchamt mit tragenden Verfahrensprinzipien des Grundbuchrechts kollidiert. Um diese Frage beantworten zu können, erscheint es sinnvoll, die wichtigsten Grundsätze des Grundbuchrechts kurz ins Gedächtnis zu rufen.

Bei einem durch einen Antrag an das Grundbuchamt ausgelösten Eintragungsverfahren hat das Grundbuchamt neben dem Vorliegen der Antragsvoraussetzungen vor allem das Vorhandensein einer rechtswirksamen Bewilligung gemäß § 19 GBO zu prüfen. Das in der Bewilligung verwirklichte formelle Konsensprinzip dient in erster Linie der Beschleunigung und Verbilligung des Eintragunsverfahrens. Es beruht auf dem Gedanken, daß derjenige, der sein Recht im Grundbuch ändern oder löschen läßt, auch mit der Änderung der materiellen Rechtslage einverstanden ist.[13] Das formelle Konsensprinzip ermöglicht, das materielle Recht aus dem Grundbuchverfahren weitgehend herauszuhalten und dennoch eine größtmögliche Richtigkeit des Grundbuchs zu erreichen. Dieses Prinzip wird durch die in § 20 GBO enthaltene einzige Ausnahme besonders betont. Neben dem Antrags- und Bewilligungsgrundsatz wird das Grundbuchverfahrensrecht aber auch von dem Legalitätsprinzip geprägt, d.h. es ist eine wichtige Aufgabe des Grundbuchamts, das Grundbuch richtig zu halten. Wenn der Staat im öffentlichen Interesse ein dem privaten Rechtsverkehr dienendes Register wie das Grundbuch führt, muß er auch auf dessen Richtigkeit bedacht sein. Das bedeutet, daß das Grundbuch mit dem Gesetz, mit der wahren Rechtslage übereinzustimmen hat.[14] Im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und formellem Konsensprinzip ist das Problem des Prüfungsrechts und der Prüfungspflicht[15] des Grundbuchamtes angesiedelt. Die Frage, was das Grundbuchamt neben der Überprüfung von Zulässigkeit, Vollständigkeit etc. der Anträge und Bewilligungen, also neben den verfahrensrechtlichen Komponenten, im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit zu beachten hat, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur seit Bestehen der GBO.[16] Unter Zugrundelegung der geschilderten Prinzipien hat sich folgendes herausgebildet:

Das Grundbuchamt hat die Gesetzmäßigkeit der Anträge zu prüfen. Diese Prüfung beschränkt sich aber auf die Voraussetzungen der Eintragung. Das materielle Recht spielt nur insoweit eine Rolle, als es die Eintragungsfähigkeit des dinglichen Rechtes und seinen gesetzlichen Inhalt betrifft. Im übrigen ist die Eintragung ohne Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen vorzunehmen.[17] Die Prüfungspflicht setzt aber da ein, wo der Grundbuchbeamte durch die beantragte Eintragung das Grundbuch bewußt unrichtig machen würde. Sind dem Grundbuchamt Tatsachen bekannt, aus denen sich ergibt, daß das Grundbuch durch die beantragte und bewilligte Eintragung unrichtig werden würde und daß, falls eine rechtsändernde Eintragung zu beurteilen ist, die Unrichtigkeit auch durch nachfolgende Einigung oder Zustimmung nicht geheilt werden kann, so hat es seine Mitwirkung an einem unrichtigen Grundbuchinhalt zu versagen; die Tatsachen müssen zur Überzeugung des Grundbuchamts feststehen.[18] Sofern zur Überzeugung des Grundbuchamts, also nicht bei Vermutungen oder fernliegenden

4 Eine ausführliche Übersicht über Literatur und Rechtsprechung findet sich bei Ertl DNotZ 1981, 155 ff. —
Die neuerdings in der Literatur häufig diskutierte Spezialfrage, inwieweit Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern durch das Grundbuchamt auf ihre Vereinbarkeit mit dem AGB-Gesetz überprüft werden können, würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Vgl. dazu im einzelnen: Ertl DNotZ 1981, 149 ff.; Ulmer, AGB-Gesetz und einseitig gesetze Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern, in Festgabe für Hermann Weitnauer, 1980, S. 205 ff.; Schmidt MittBayNot 1979, 139 ff.

5 BayObIG MittBAyNot 1980, 9 = Rpfleger 1980, 105; BayObLG MittBayNot 1981, 127 = Rpfleger 1981, 297; OLG Hamm MittBayNot 1979, 173; Böhringer BWNotZ 1980, 131 Fußn. 6 m.w.N.; Ertl DNotZ 1981, 156;

6 So Schmidt MittBayNot 1979, 139 Fußn. 3 und MittBayNot 1978, 89 ff.

7 OLG Celle DNotZ 1979, 622

8 BayObLG MittBayNot 1980, 9; ebenso Ertl DNotZ 1981, 156

9 OLG Hamm MittBayNot 1979, 173; Böhringer BWNotZ 1980, 129

10 Vgl. dazu Eickmann Rpfleger 1978, 6

11 Eickmann aaO

12 Schlosser, Coester-Waltjen, Graba, AGBG, § 8 Vorbem. 53 unter Hinweis auf BVerfG NJW 1976, 1391 ff.

13 Schmidt MittBayNot 1978, 91; Ertl in KEHE, Grundbuchrecht, 2. Aufl. 1979, Rdnr. C 4 zur Einl.

14 Schmidt aaO S. 91; Eickmann Rpfleger 1973, 346

15 Prüfungsrecht und Prüfungspflicht sind identisch. Was nicht geprüft werden muß, darf auch nicht geprüft werden (Schmidt aaO S. 92, Fußn. 53 m.w.N.; Schöner DNotZ 1979, 624; Ertl DNotZ 1981, 156).

16 Schmidt aaO S. 92, Fußn. 42 m.w.N.

17 Schmidt aaO S. 92, Baur, Sachenrecht, 11. Aufl. 1977, § 16 I 3

18 BGHZ 35, 135, 139; OLG Celle MittBayNot 1979, 174 m.w.N.

Möglichkeiten, anhand der ihm vorliegenden Unterlagen feststeht, daß die bewilligte Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde, darf das Grundbuchamt hierzu nicht mitwirken und muß die beantragte Eintragung ablehnen.[19] Bei berechtigten Zweifeln hat das Grundbuchamt auf die Beseitigung dieser Zweifel hinzuwirken. Die entscheidende Frage ist, ob diese Verfahrensprinzipien durch das Inkrafttreten des AGB-Gesetzes modifiziert worden sind.

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat in den §§ 9 bis 11 für die praktisch wichtigsten Fälle die von der Rechtsprechung im Wege der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelten, im wesentlichen auf einer Anwendung der §§ 138, 242 BGB beruhenden Grundsätze kodifiziert und zum Teil inhaltlich verschärft. Sowohl aus dem Gesetzeswortlaut wie aus dem Zweck und auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich aber nichts dafür, daß das AGB-Gesetz für andere Rechtsgebiete mittelbar zusätzliche verfahrensrechtliche Regelungen treffen wollte. Es ist mithin davon auszugehen, daß das AGB-Gesetz an den oben dargestellten Grundsätzen des Verfahrensrechts im Grundbucheintragungsverfahren, insbesondere am Prüfungsrecht und an der Prüfungspflicht des Grundbuchamts, nichts geändert hat.[20] Eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis hätte angesichts des damit verbundenen nicht unerheblichen Eingriffs in tragende Prinzipien des Grundbuchverfahrensrechts einer ausdrücklichen diesbezüglichen Regelung bedurft; das Schweigen des Gesetzgebers kann nicht in diesem Sinn ausgelegt werden. Das OLG Hamm[21] hat zutreffend darauf hingewiesen, daß auch in allen anderen Fällen der Novellierung einschlägiger gesetzlicher Vorschriften in jüngster Zeit die genannten Prinzipien für das Grundbuchverfahren unangetastet geblieben sind.

Nach den dargestellten Grundsätzen hat das Grundbuchamt auch bei Berücksichtigung des AGB-Gesetzes nur dann die beantragte Eintragung einer bestimmten Klausel im Grundbuch zu versagen, wenn aus den ihm vorgelegten Eintragungsunterlagen zur Überzeugung des Grundbuchamts feststeht, das Grundbuch werde durch die Eintragung unrichtig.

IV. Prüfungsgegenstand des Grundbuchamts

Es versteht sich von selbst, daß der schuldrechtliche Vertrag auf Grund des Abstraktionsprinzips vom Grundbuchamt nicht auf seine etwaige Vereinbarkeit mit dem AGB-Gesetz überprüft werden darf. Schwieriger ist die Situation hinsichtlich des dinglichen Vertrags der §§ 873, 925 BGB. Die Tatsache, daß das AGB-Gesetz primär auf schuldrechtliche Verträge zugeschnitten ist, schließt unter den Voraussetzungen des § 1 AGBG nicht aus, es auch auf sachenrechtlichem Gebiet anzuwenden.

Freilich wird bei Anträgen auf Eintragung dinglicher Rechte eine Prüfung der Einigung im Rahmen des § 19 GBO in der Regel nicht zulässig sein. Auch bei der gem. § 20 GBO gebotenen Überprüfung der Auflassung eines Grundstücks besteht kein Ansatzpunkt für die Anwendung des AGB-Gesetzes, weil sich der Inhalt des Einigungsvertrages wegen seines abstrakten Charakters in der Vereinbarung des Eigentumsüberganges erschöpft.[22]

Schließlich darf auch die Eintragungsbewilligung des § 19 GBO als solche nicht vom Grundbuchamt überprüft werden. Maßgeblich ist, daß diese auf Grund ihres formellen und einseitigen Charakters weder unmittelbar noch mittelbar unter § 1 AGB-Gesetz fällt, der vorformulierte Vertragsbedingungen voraussetzt.[23] Zurecht hat das Bay. Oberste Landesgericht[24] als Prüfungsgegenstand ausschließlich das einzutragende dingliche Recht selbst und dessen gesetzlichen Inhalt angesehen. Das bedeutet, daß allgemeine Geschäftsbedingungen nur über diese Brücke zum Prüfungsgegenstand werden können. Bei den dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunden handelt es sich, jedenfalls soweit es um die Eintragung von Grundpfandrechten geht, in der Regel um vorgedruckte Formulare, die für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sind und nicht nur die schuldrechtlichen Beziehungen, sondern auch das jeweils einzutragende dingliche Recht in seinen Einzelheiten festlegen. Da der gesamte Inhalt der Bewilligung bei der üblichen Bezugnahme Inhalt des Grundbuchs wird (§ 874 BGB), führen unwirksame Klauseln zur teilweisen Grundbuchunrichtigkeit und müssen im Hinblick darauf der Prüfungskompetenz des Grundbuchamts unterliegen.[25]

V. Umfang der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Soweit in der Literatur[26] vereinzelt die Auffassung vertreten wird, dem Grundbuchamt stehe eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle gegenüber AGB-Klauseln zu, kann dem nicht beigetreten werden.[27] Gegen eine solche Befugnis sprechen gewichtige Argumente:

1. Schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes war es regelmäßig nicht Aufgabe des Grundbuchamts zu überprüfen, ob das zur Eintragung bewilligte Grundstücksrecht in einzelnen Auswirkungen möglicherweise gegen § 138 oder § 242 BGB verstoße.[28] Vielmehr mußten besondere Umstände vorliegen, daß das Grundbuchamt eine Eintragung wegen eines solchen Verstoßes ablehnen konnte. Dies war dann der Fall, wenn der Verstoß offensichtlich und eindeutig zur Überzeugung des Grundbuchamts feststand.[29] An dieser Rechtslage hat sich aber durch das Inkrafttreten des AGB-Gesetzes nichts geändert. Das AGB-Gesetz hat weder ausdrücklich noch konkludent den Grundbuchämtern ein weitergehenderes Recht zur Inhaltskontrolle eingeräumt. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, daß das AGB-Gesetz letztlich nichts anderes darstellt als die Normierung der bislang von den Gerichten unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB ausgeübten Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Folglich muß sich die Inhaltskontrolle des Grundbuchamts auch unter Berücksichtigung des AGB-Gesetzes an den Grundsätzen orientieren, die früher zu §§ 138, 242 BGB entwickelt worden waren.[30]

19 BayObLG MittBayNot 1980, 9; BayObLGZ 1976, 45 = MittBayNot 1976, 25, BayObLGZ 1976, 193 = MittBayNot 1976, 130 m. Anm. Ertl; Horber, Grundbuchordnung, 15. Aufl. 1980, Grdz. 7 B vor § 13

20 BayObLG MittBayNot 1980, 9 m.w.N.; vgl. ferner BayObLG Rpfleger 1981, 396 und 1981, 297; Ertl DNotZ 1981, 156

21 OLG Hamm MittBayNot 1979, 176

22 Vgl. dazu im einzelnen Eickmann Rpfleger 1978, 4

23 Haegele, Schöner, Stöber, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 1979, Rdnr. 78c; Dietlein JZ 1977, 638; Schöner DNotZ 1979, 624. Das BayObLG hat die Frage offengelassen (vgl. dazu BayObLG MittBayNot 1980, 9 mit den dort zitierten Litnachw.)

24 BayObLG MittBayNot 1980, 9

25 Eickmann Rpfleger 1978, 8; OLG Hamm MittBayNot 1979, 174

26 Vgl. etwa Schlosser, Coester-Waltjen, Graba, AGBG, Vorbem. zu § 9 — 11 Rdnr. 17; Eickmann Rpfleger 1978, 6 f.

27 Ebenso unrichtig ist es, überhaupt keine Inhaltskontrolle des Grundbuchamts zuzulassen (vgl. dazu im einzelnen oben unter II.).

28 Vgl. BayObLG MittBayNot 1980, 9

29 BayObLG MittBayNot 1980, 9; Schmidt MittBayNot 1978, 92; OLG Hamm MittBayNot 1979, 175; Schöner DNotZ 1979, 625.

30 Vgl. die Litnachw. unter Fußnote 29; vgl. ferner Ulmer, Festschrift für Weitnauer, S. 224; Schmidt MittBayNot 1980, 118; Ertl DNotZ 1981, 156

2. Das Grundbuchamt kann mit den ihm zur Verfügung stehenden Verfahrensmitteln keine umfassende und abschließende Inhaltskontrolle ausüben, weil diese voraussetzt, daß der gesamte Vertragsinhalt ausgeschöpft wird. Für diese umfassende Würdigung aller Umstände kann sich das Grundbuchamt nicht die nötigen Unterlagen beschaffen, weil es keine Beweise erheben darf und auf den Text der vorgelegten Urkunden beschränkt ist.[31]
3. Das Grundbuchverfahren kennt keine Rechtskraft.[32] Die Eintragung spricht keine materielle Richtigkeit aus. Da eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle eine umfassende Prüfung materiellen Rechts bedeutet, müßte eine solche durch den Grundbuchbeamten den Anschein erwecken, daß das Eingetragene im Hinblick auf das AGB-Gesetz absolut richtig ist. Wer eine derart weitgehende Prüfungspflicht wahrnimmt, müßte auch für die Folgen einstehen. Letztlich würde dies zu einer Ausdehnung der staatlichen Haftung für schädigende Folgen der Eintragung führen, was den Grundsätzen der Grundbuchordnung nicht entspricht.[33]
4. Eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle durch das Grundbuchamt widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, mit der Grundbuchordnung ein einfaches und praktikables Register zur Verfügung zu stellen.[34] Dies ist durch den Erlaß des AGB-Gesetzes nicht in Frage gestellt worden. Vielmehr muß die Verpflichtung des Grundbuchamts, die Eintragung möglichst schnell abzuschließen, nach wie vor im Vordergrund stehen und darf nur dann zurücktreten, wenn das Grundbuchamt einer offensichtlich unrichtigen Eintragung die Hand leihen würde.

Nach alledem muß festgehalten werden, daß das Grundbuchamt nur bei offensichtlichen und eindeutigen Verstößen gegen das AGB-Gesetz die Eintragung eines dinglichen Rechts verweigern darf. Naheliegende Verdachtsmomente, die eine Unwirksamkeit nur möglich erscheinen lassen, reichen nicht aus. Vielmehr gebührt in diesen Fällen der Verpflichtung des Grundbuchamts Vorrang, das Eintragungsverfahren möglichst schnell abzuschließen. Dies gilt insbesondere im Interesse derjenigen Antragsteller, die mit Rücksicht auf die in aller Regel notwendige Kreditbeschaffung auf eine schnellstmögliche Eintragung von Grundpfandrechten angewiesen sind. Wenn sich deren Vertragspartner später auf zweifelhafte Vertragsklauseln beruft, können die Antragsteller jederzeit die Unwirksamkeit einer Klausel im Zivilprozeß geltend machen.[35]

VI. Überprüfung anhand der Klauselverbote der §§ 9 — 11 AGB-Gesetz im einzelnen.

In dem unter V. aufgezeigten Rahmen ist das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet, allgemeine Geschäftsbedingungen anhand der Vorschriften der §§ 9 — 11 AGB-Gesetz zu überprüfen.

1. Was zunächst den Klauselkatalog des § 11 AGB-Gesetz betrifft, handelt es sich um Klauselverbote ohne Beurteilungsspielraum. Im Vordergrund stehen Rechtsbegriffe, deren Subsumierung keine großen Probleme aufwirft.

Hinzu kommt, daß ein Verstoß gegen § 11 AGB-Gesetz strikte Unwirksamkeit zur Folge hat, ohne daß eine Billigkeitserwägung oder eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall stattfinden darf.

Bei dieser Sachlage können allgemeine Geschäftsbedingungen ohne weitere Ermittlungen und ohne nähere Kenntnis der Umstände des Einzelfalls überprüft werden. Deshalb wird auch das Grundbuchamt offensichtliche Verstöße gegen § 11 AGB-Gesetz ohne größere Schwierigkeiten feststellen können. In diese Richtung tendiert auch die neueste Rechtsprechung.[36] So hat das BayObLG[37] das Grundbuchamt für berechtigt angesehen, offensichtliche Verletzungen der §§ 11 Nr. 5, 11 Nr. 6 und 11 Nr. 15 AGB-Gesetz zu beanstanden.

2. Schwieriger ist die Situation bei § 10 AGB-Gesetz. Unter diese Bestimmung fallen Klauseln mit Beurteilungsspielraum, d.h. die dort aufgeführten Klauseln setzen eine Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Wertungen voraus. Solche Wertungen werden häufig für das Grundbuchamt nicht möglich sein, da sie Erkenntnisquellen voraussetzen, die dem Grundbuchamt im Grundbucheintragungsverfahren in der Regel nicht zur Verfügung stehen.[38] Daher muß sich das Grundbuchamt in diesen Fällen besondere Zurückhaltung auferlegen. Die Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen des § 10 AGB-Gesetz wird vielmehr weitgehend dem Prozeßgericht vorbehalten bleiben. Es dürfte daher nur selten vorkommen, daß das Grundbuchamt einen offensichtlichen Verstoß gegen § 10 AGB-Gesetz ohne weiteres von sich aus feststellen kann. Das BayObLG[39] hat dies bislang nur im Fall des § 10 Nr. 6 AGB-Gesetz bejaht.

3. Schließlich stellt sich die Frage nach der Inhaltskontrolle durch das Grundbuchamt im Rahmen des § 9 AGB-Gesetz. Die Ausgestaltung dieser Vorschrift als Generalklausel mit einem umfassenden Abwägungsgebot hinsichtlich der beiderseitigen Interessen mahnt zur besonderen Vorsicht. Dies bedeutet freilich nicht, daß dem Grundbuchamt von vornherein eine Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen am Maßstab des § 9 AGB-Gesetz verwehrt ist.[40] So hat das OLG Stuttgart[41] die grundsätzliche Möglichkeit einer Überprüfung anhand des § 9 AGB-Gesetz im Eintragungsverfahren als zulässig angesehen. Mit Recht weist *Löwe*[42] darauf hin, daß die Anwendbarkeit des § 9 AGB-Gesetz nicht anders als die des § 10 AGB-Gesetz zu beurteilen sei. Entscheidend ist nämlich, daß der Katalog des § 10 AGB-Gesetz lediglich Anwendungsbeispiele des § 9 AGB-Gesetz beinhaltet. Es wird daher wie bei § 10 AGB-Gesetz auf Grund der vorgelegten Eintragungsunterlagen nur sehr selten dem Grundbuchamt möglich sein, einen offensichtlichen Verstoß gegen § 9 AGB-Gesetz festzustellen, der einer Eintragung des dinglichen Rechts im Wege steht.

31 Horber (Fußn. 19), § 1 Anm. 5 H; BGHZ 30, 255, 258 = DNotZ 1959, 540; BayObLG MittBayNot 1980, 9; Schmidt MittBayNot 1978, 94.
32 Ertl in KEHE, Einl. Rdnr. A 12; Schmidt MittBayNot 1978, 94
33 Schmidt MittBayNot 1978, 93 ff.; a.M. neuerdings Ulmer aaO S. 225 f.
34 Schmidt MittBayNot 1978, 95; Böhringer BWNotZ 1980, 129
35 Eine gute Zusammenfassung aller Gründe, die gegen eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle des Grundbuchamts sprechen, findet sich bei Ulmer aaO S. 220 f.
36 Ulmer aaO S. 225; Böhringer BWNotZ 1980, 129; Schöner DNotZ 1979, 625
37 BayObLG MittBayNot 1981, 127 und Rpfleger 1981, 396
38 BayObLG MittBayNot 1980, 9; Böhringer BWNotZ 1980, 129; Ertl DNotZ 1981, 156/157
39 BayObLG MittBayNot 1980, 9
40 Löwe BB 1980, 1242; OLG Celle Rpfleger 1979, 261; Ulmer aaO S. 225; Böhringer BWNotZ 1980, 129 m.w.N. in Fußn. 6. Der BGH (NJW 1980, 1625 = MittBayNot 1980, 117 m. Anm. Schmidt) und das BayObLG (MittBayNot 1980, 9; 1981, 127) haben die Frage bisher offengelassen.
41 DNotZ 1979, 21; ebenso OLG Celle DNotZ 1979, 662
42 Löwe aaO

* Der Beitrag geht auf Referate zurück, die der Verfasser in den Jahren 1981 und 1982 auf Fortbildungstagungen des Bayer. Staatsministeriums der Justiz für Rechtspfleger an Grundbuchämtern gehalten hat.

II.

Kurze Beiträge

Die ab Heft 1/1982 in die Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern aufgenommene Abteilung „Kurze Beiträge" soll in erster Linie dazu dienen, dem Leserkreis auch weniger umfangreiche und aus wissenschaftlicher Sicht nicht unbedingt erschöpfende Beiträge nahezubringen, deren besondere Bedeutung aber darin liegt, daß sie wertvolle Hinweise für die tägliche Praxis des Notars enthalten. Das Hauptaugenmerk soll hierbei darauf gerichtet sein, mit gewisser Regelmäßigkeit kleine praxisorientierte Beiträge zu liefern, die sich mit kautelarjuristischen Einzelproblemen beschäftigen.

Viele Notare machen sicherlich gelegentlich interessante, wenn auch nach wissenschaftlichen Maßstäben relativ unbedeutende kautelarjuristische Entdeckungen, die es wert wären, den Kollegen in irgendeiner — durchaus anspruchslosen — Form mitgeteilt zu werden, die sich jedoch zu einer Überarbeitung in der klassischen Aufsatzform aus Mangel an wissenschaftlichem Gewicht oder vom Umfang her nicht eignen.

Es wäre sehr zu begrüßen, wenn die Weitergabe kautelarjuristischer Kenntnisse nicht nur mündlich zwischen den Kollegen erfolgte, sondern mehr und mehr eine Diskussion der entsprechenden Probleme in der Fachöffentlichkeit stattfinden würde, zumal dadurch auch den interessierten Richtern nützliche Hinweise zur Lösung der entsprechenden Fragen gegeben werden können.

Die Schriftleitung hat deshalb eine entsprechende Anregung aus dem Kollegenkreis, eine weitere Spalte in den MittBayNot einzurichten, gerne aufgegriffen. Wir können uns vorstellen, daß eine ganze Reihe von Kollegen bereit ist, für diese Spalte entsprechende praxisorientierte Beiträge zu verfassen, in denen allgemein interessierende kautelarjuristische Einzelfragen behandelt werden.

Als ersten Beitrag veröffentlichen wir nachstehend die Ausführungen von Notar *Dr. Hans Wolfsteiner,* München, zum Problem der „Anrechnung auf Erb- und Pflichtteil". Weiteren Beiträgen von Notaren und interessierten Dritten sieht die Schriftleitung mit Interesse entgegen.

Anrechnung auf Erb- und Pflichtteil

von Notar *Dr. Hans Wolfsteiner,* München

Bei Schenkungen ist es weithin üblich zu formulieren, daß sich der Beschenkte den Wert der Schenkung auf seinen Erb- und Pflichtteil nach dem Schenker anrechnen zu lassen habe. Diese Formulierung hält aber einer Überprüfung nicht Stand.

Das Gesetz kennt eine „Anrechnung" auf den Erbteil als selbständige Rechtsfigur nicht. Die in § 2055 Abs. 1 BGB erwähnte Anrechnung ist nur das Mittel zur Durchführung der in § 2050 BGB geregelten Ausgleichung. Eine Ausgleichung von Vorempfängen sieht § 2050 BGB aber nur zwischen Abkömmlingen und nur dann vor, wenn sie entweder als gesetzliche Erben zur Erbfolge kommen (§ 2050 Abs. 1) oder wenn ihre Erbteile zumindest im gleichen Verhältnis wie nach gesetzlicher Erbfolge stehen (§ 2052 BGB). Hingegen kennt das Gesetz eine Ausgleichung zwischen Ehegatten und Abkömmlingen oder zwischen sonstigen gesetzlichen Erben nicht. Es ist deshalb nicht möglich, bei einer Schenkung anzuordnen, daß sich ein beschenkter Abkömmling den Wert der Schenkung im Verhältnis beispielsweise zum überlebenden Elternteil auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse (vgl. *Palandt,* 41. Aufl., Anmerkung 2 zu § 2050 BGB; *Staudinger/Werner,* 12. Aufl., Rdnr. 14 zu § 2050 BGB). Auch zwischen als Erben eingesetzten Stiefkindern kann die Ausgleichung nicht angeordnet werden.

Will der Schenker einen der Ausgleichung vergleichbaren Effekt auch im Verhältnis zu anderen Personen als Abkömmlingen erzielen, so bedarf es dazu einer Verfügung von Todes wegen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, die in einem Schenkungsvertrag enthaltene Anrechnungsbestimmung dahin auszulegen, daß es sich um eine testamentarische Anordnung des Schenkers handle; Verlaß ist darauf jedoch nicht und im übrigen ist die Gefahr groß, daß eine solche Verfügung ungewollt durch eine spätere letztwillige Verfügung aufgehoben wird. Eine ausdrückliche und selbständige Verfügung von Todes wegen empfiehlt sich deshalb.

Besteht eine Ausgleichungspflicht, so wirkt sich diese gemäß § 2316 BGB auch auf Pflichtteilsansprüche in dem Sinne aus, daß der Pflichtteilsanspruch so berechnet wird, wie wenn bei gesetzlicher Erbfolge die Ausgleichung durchgeführt worden wäre. Daneben kennt das Gesetz in § 2315 BGB — anders als beim Erbrecht — ausdrücklich auch die „Anrechnung" auf den Pflichtteil, und zwar ohne Beschränkung auf Abkömmlinge. Jeder Pflichtteilsberechtigte hat sich Zuwendungen anrechnen zu lassen, die mit der Bestimmung erfolgt sind, daß sie auf den Pflichtteil angerechnet werden sollen. Wichtig ist, daß in beiden Fällen — angeordnete Anrechnung nach § 2315 BGB wie auch Anrechnung als Folge angeordneter Ausgleichung gemäß § 2316 BGB — die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB keine Rolle spielt, daß also auch Schenkungen anzurechnen sind, die vor längerer Zeit als 10 Jahren gemacht worden sind.

Eine korrekte Vertragsformulierung müßte demnach etwa wie folgt lauten:

„Der Empfänger der Schenkung hat deren Wert im Verhältnis zu den übrigen Abkömmlingen des Schenkers auszugleichen; er hat sich den Wert auf seinen Pflichtteil nach dem Schenker anrechnen zu lassen" (so a. *Keim,* Immobiliarverträge, Sel. Nr. 6502).

III.

Buchbesprechung

Immobiliarverträge, Diktat- und Arbeitsbuch für Notare, München 1981, von Notar Dr. Benno Keim; Verlag. C.H. Beck München.

Schreibautomaten und Textcomputer sind in vielen Notariaten im Einsatz, teilweise seit vielen Jahren. Das Interesse der Notare, die (noch) keine solchen Geräte benützen, ist groß, der Schritt zur Anschaffung meist noch größer. Es muß eine Schwelle überschritten werden, die Schwelle in ein unbekanntes Gebiet, mit dem man nicht vertraut ist. Unbekannt ist die Maschine und ihre Technik. Deswegen ist auch die Konkretisierung ihres Einsatzes mit vielen Unbekannten versehen. Dazu kommt die Frage nach der finanziellen Rentierlichkeit: spart man wirklich Zeit, eventuell Personal? — verbunden mit der Frage, ob die Maschine im Amt wirklich einschlägt oder ungeliebt in der Ecke stehen bleibt.

Zufriedenheit von Kollegen, die mit Automaten arbeiten, nimmt man gern zur Kenntnis, werbewirksame Vorführungen der Maschinen sieht man sich beeindruckt an, aber die Schwellenangst bleibt. Von der Anschaffung bis zur vollen Einsatzfähigkeit eines Schreibautomaten vergehen Monate voll intensiver Arbeit; man kann sich diese Geräte nicht auf Probe anschaffen. Auf dem Markt angebotene fertige Programme sind immer nur bedingt brauchbar, weil sie nicht auf die Verhältnisse und Erfordernisse jedes Amtes zugeschnitten sind und auch nicht den individuellen Anforderungen jedes Notars an seine Urkunden, deren Inhalt er immer persönlich auch zu verantworten hat, gerecht werden können.

Mit dem Buch von *Keim* wird erstmals ein umfangreiches Texthandbuch für Immobiliarverträge angeboten. Die Hauptfrage, die ich hierzu stellen möchte, lautet: Kann es einem Notar, der einen Schreibautomaten anschaffen möchte, die geschilderte Schwellenangst nehmen oder wesentlich reduzieren? Nimmt man das Buch in die Hand, wird man zunächst angesichts der Dicke und der vielen Textbausteine und Zahlen, die einem beim Aufschlagen ins Auge springen, zurückschrecken. Man möchte die Finger davon lassen, wenn das alles nötig ist.

Befaßt man sich aber genauer mit dem Buch, dann erkennt man, mit welcher Sorgfalt und Genauigkeit *Keim* seine Texte gestaltet und wie er vor allem die Systematik des Gesamtprogrammes herausgearbeitet hat. Hier hat einer der Pioniere auf diesem Gebiet einen reichen Erfahrungsschatz niedergelegt und so dargestellt, daß man ihn verwerten kann, ohne seine eigene Individualität aufzugeben.

Zunächst sei auf die Systematik der Zusammenstellung der Textbausteine eingegangen. Wer sich daranmacht, Texte zu programmieren, muß zuvor ein strenges System des Urkundenaufbaues festlegen, innerhalb dessen alle Einzeltexte ihren geordneten Platz bekommen. Dieses System muß einem kurzen Standardvertrag ebenso zugänglich sein wie einem komplizierten Vertragswerk mit vielen Besonderheiten. In diesem Bereich macht man am Anfang die meisten Fehler, einmal, weil man mit der Maschine und ihren Möglichkeiten und Grenzen noch nicht vertraut ist, zum andern weil man die Erfordernisse der textlichen Zusammenstellungen noch nicht voll überblickt. Schon in der Einleitung weist *Keim* auf die Notwendigkeit des immer gleichen Aufbaues hin (S. XIII). Auch der spätere Zugriff zu den Texten, dargestellt an den Schreibanweisungen (S. XXIII), erfordert ein solches festes Schema.

Das grobe Schema für den Gesamtvertrag muß sich dann innerhalb der einzelnen Urkundenabschnitte fortsetzen, deutlich ersichtlich aus der erwähnten Schreibanweisung. Hier tut sich die nächste Fehlerquelle für den Programmierer auf: Was braucht man alles an Einzeltexten im Programm? Wo ist der Mittelweg zwischen dem Zuviel und dem Zuwenig? Für den Schreibautomaten sind Formulare, die man bisher verwendet hat, nur bedingt brauchbar. Im Automat muß man verschiedene Bausteine haben, auch wenn sie sich manchmal nur in wenigen Worten unterscheiden (vgl. z. B. Schuldübernahmegenehmigung durch einen oder mehrere Gläubiger, Bausteine 1607, 1608). Alle der Standardisierung zugänglichen Teile eines Vertrages werden von *Keim* gebracht. Das verschafft den Überblick, den man vor Beginn des Programmierens haben muß. Fehler, die man hierbei macht, sind später meist nur unter großem Zeitaufwand korrigierbar.

Unerläßlich für eine brauchbare Programmierung ist ein klares Zahlensystem für die Textbausteine, das natürlich je nach den Eigenheiten des benutzten Schreibautomaten verschieden ausfallen kann. Am Zahlensystem hängt die Übersichtlichkeit und die Schnelligkeit des Zugriffs zu den Texten. Das Zahlensystem *Keims* ist vierstellig und enthält eine klare und deutliche Gliederung und vor allem auch die für etwaige spätere Programmergänzungen nötigen Freiräume. Wie durchdacht das Zahlensystem von *Keim* ist, kann nur der voll ermessen, der bei der Bausteinnummerierung schon Fehler gemacht hat und ausbügeln mußte — was wohl jedem passiert ist, der ohne Vorbilder programmiert hat.

Was die Menge der Bausteine betrifft, so liegt der Wert des *Keim*'schen Werkes vor allem darin, daß er wirklich alles anbietet, was für ein Textprogramm in Betracht kommt. Es ist nicht sinnvoll, dies alles unbedacht zu übernehmen. Hier muß jeder selbst darüber nachdenken und entscheiden, was er eingeben will. Dies hängt auch von der einzelnen Maschine, ihren Speicherarten und Zugriffsmöglichkeiten und -zeiten ab. Hier auf Einzelheiten der Techniken einzugehen, ginge zu weit (hierzu hat *Keim* Anleitungen in der Multitext-Schriftenreihe gegeben). Aber auch unabhängig von der Technik wird man sich überlegen, ob man z. B. Gebrechlichkeitsklauseln im Eingang, die man fast nie braucht, speichern will. Das ist aber keine Kritik an *Keim,* sondern gehört zu den Überlegungsfaktoren jedes Programmierers.

Auch die Formulierung der Textbausteine selbst ist schwieriger, als es am Anfang aussieht. Der Wunsch, individuelle Verträge für den jeweiligen Fall gestalten zu können, das Erfordernis der Standardisierung, um eine sinnvolle Anwendung des Schreibautomaten zu ermöglichen und die Notwendigkeit der Zusammensetzbarkeit der Bausteine erfordert schon eine Formulierungskunst, die man sich beim Programmieren erst aneignen muß. Nun kann man zwar im Gegensatz zum oben geschilderten System einen textlich nicht recht gelungenen Baustein jederzeit ohne großen Aufwand umformulieren. *Keim* versteht sein Buch sicher selbst nicht so, daß man die Texte immer so abschreiben sollte. Gerade im Textbereich wird jeder seine eigenen Vorstellungen am ehesten verwirklichen wollen. Dennoch sollte man sich nicht immer zu sehr auf seine eigene Formulierungskunst verlassen, sondern die *Keim*'schen Texte auch sehr genau unter dem Gesichtspunkt betrachten, daß sie automatengerecht im obigen Sinne formuliert sind. Dann kann man sich auch einige Enttäuschung in der späteren Anwendung sparen.

Schließlich noch ein weiteres Programmierungsproblem, zu dem man von *Keim* wertvolle Hilfe erhält: Wo und wie bringt man die Variablen unter, also die Teile, die jeweils individuell eingesetzt werden müssen, wie z. B. Namen, Kaufpreis etc.? *Keim* findet hier m. E. den richtigen Mittelweg zwischen Individualisierung und Standardisierung. Wer Texte programmieren will, sollte sich gerade in diesem Bereich die Texte von *Keim* sehr sorgfältig ansehen.

Inhaltlich behandelt *Keim* unter dem Titel „Immobiliarverträge" Kaufverträge über Grundstück, Wohnungseigentum, Erbbaurechte, Bauträgerkauf, Überlassung, Erbauseinandersetzung, Erbteilsübertragung, Tauschvertrag, Kaufangebot und -annahme. Wenn man programmieren will, sollte man allerdings nicht sogleich alles auf einmal machen wollen, sondern erst einmal mit den Kaufverträgen anfangen, um gewisse Erfahrungen auch in der praktischen Anwendung zu sammeln. Dann wird man sich bei späteren Programmierungen leichter tun. Das Programmieren und die Vorbereitung dazu sowie das dazu notwendige Kennenlernen der Maschine erfordert einen erheblichen Zeitaufwand. Das muß man durchstehen. Das Buch vom *Keim,* erwachsen aus einem großen Erfahrungsschatz, kann dazu große Hilfe geben. Ich meine, daß sich jeder, der sich mit der Anschaffung eines Schreibautomaten gleich welcher Art befaßt, dieses Buches mit großem Gewinn bedienen kann und soll. Die eingangs genannte Schwellenangst wird damit wesentlich abgebaut. Dabei soll es nicht nur der Notar in die Hand nehmen, sondern auch die Mitarbeiter, die im Amt mit dem Automaten befaßt werden. Zunächst kann die Vertrautheit mit der Materie dadurch geweckt werden, daß man das Buch entsprechend seinem Untertitel als Diktat- und Arbeitsbuch verwendet. Der Schritt zur automatischen Textverarbeitung und -bearbeitung fällt dann leichter, denn ihr gehört die Zukunft. Das Buch von *Keim* setzt hier einen Markstein.

Notar *Friedrich Schmidt,* Bayreuth

IV.
Rechtsprechung

A.
Bürgerliches Recht

1. BGB § 242 *(Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Versorgungsabreden)*

Ist das einer Versorgungsabrede als Geschäftsgrundlage zugrundeliegende Vertrauensverhältnis heillos zerstört, so ist eine Vertragsanpassung gem. § 242 BGB durch Zubilligung von Geldbezügen anstelle der ausbedungenen Sach- und Dienstleistungen möglich.

(Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 20. 3. 1981 — V ZR 152/79 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 19. Januar 1970 übertrug der damals 67 Jahre alte Kläger seinen Kindern und einem Enkel Grundstücke. Der Beklagte, sein Sohn, erhielt ein 2626 qm großes Hausgrundstück. Er räumte daran dem Kläger ein lebenslanges unentgeltliches Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht ein. Außerdem verpflichtete er sich, den Kläger „bis zu dessen Lebensende unentgeltlich zu beköstigen und ihm bis zum Lebensende Pflege und Aufwartung zu gewähren".

Der Kläger hat Rückübertragung des Grundstücks verlangt, weil der Beklagte seiner Versorgungspflicht nicht nachgekommen sei. Diesen Klageanspruch haben beide Vorinstanzen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auch die in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträge abgewiesen, mit denen der Kläger a) für die Zeit vom 1. Februar 1970 bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens Zahlung von monatlich 1000 DM nebst Zinsen, b) weiterhin bis ans Lebensende Zahlung einer monatlichen Rente von 1000 DM und c) Rückzahlung eines Darlehens von 32000 DM geltend gemacht hat.

Die Revision des Klägers hat der Senat nur hinsichtlich der Hilfsanträge zu a) und b) angenommen.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

Ein Zahlungsausgleich für den Ausfall der vereinbarten Versorgungsleistungen, wie mit den Hilfsanträgen a) und b) geltend gemacht, kommt aus dem Rechtsgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dabei mag dahinstehen, ob die Versorgungsabrede — was vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang in Frage gestellt wird — als Altenteilsvertrag im Sinne des Art. 14 Preuß. AGBGB ausgestaltet ist (zum Begriff vgl. Senatsurteile BGHZ 53, 41, 43 [= DNotZ 1970, 249] und vom 30. April 1980, V ZR 7/79, WM 1980, 826). Der Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, der bei Altenteilsverträgen im Falle einer wesentlichen Änderung in den allgemeinen oder auch nur in den persönlichen Verhältnissen der Beteiligten eine Vertragsanpassung durch Zubilligung von Geldbezügen anstelle der ausbedungenen Sach- und Dienstleistungen rechtfertigen kann (vgl. Senatsbeschluß BGHZ 25, 293; BayObLG DNotZ 1980, 94, 95 [= MittBayNot 1979, 233, 234]), kann in gleicher Weise auch für eine Versorgungsabrede in Verträgen rechtlicher Art gelten. War hier die Abrede — worauf die Regelung hindeutet — auf eine dauerhafte, von gegenseitigem Vertrauen zwischen Vater und Sohn getragene Beziehung angelegt ist, aber dieses die Geschäftsgrundlage des Vertrages bildende Vertrauensverhältnis „heillos zerstört", wie das Berufungsgericht unterstellt, und dann deshalb dem Kläger ein Festhalten an der Abrede nicht mehr zugemutet werden, so ist auch in diesem Falle eine Vertragsanpassung an die veränderten Umstände gemäß § 242 BGB möglich. Sein Versorgungsanspruch wäre dann durch Zahlung von Geldbeträgen in der Höhe abzugelten, die er für seine anderweitige Versorgung aufwenden muß.

Die Frage, ob die Geschäftsgrundlage entfallen ist, von welchem Zeitpunkt dabei gegebenenfalls auszugehen ist und wie hoch die Ausgleichszahlungen sodann zu bemessen sind, ist Sache der tatrichterlichen Prüfung. Im Umfang der beiden hierzu gestellten Hilfsanträge ist der Rechtsstreit daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

———

2. BGB §§ 103, 436, 446 (*Öffentliche Lasten bei Grundstückskauf als Käuferverpflichtung*)

Liegt keine besondere vertragliche Vereinbarung vor, hat der Käufer eines Grundstücks die nach der Übergabe fällig werdenden Anliegerbeiträge zu tragen.

BGH, Urteil vom 29.1.1982 — V ZR 73/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger kauften durch notariellen Vertrag vom 23. November 1977 von der Beklagten zum Preise von 2600000 DM eine aus Eigentumswohnungen und Teileigentumseinheiten bestehende Liegenschaft in F., die die Beklagte im Jahre 1976 im Wege der Zwangsversteigerung erworben hatte. Die Kläger wurden als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Sie erhielten im Jahre 1979 von der Stadt F. einen Heranziehungsbescheid über Erschließungskosten in Höhe von 12142,37 DM für Erschließungsanlagen, die bereits endgültig fertiggestellt waren, bevor die Beklagte das Grundstück ersteigerte. Die Kläger zahlten den angeforderten Betrag an die Stadt F. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangen sie von der Beklagten die Erstattung dieses Betrages. Sie stützen ihren Anspruch auf § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages, der folgende Regelung enthält:

„Der Besitz an dem Kaufgrundstück geht am 1.12.1977 auf den Käufer über.
Mit diesem Zeitpunkt gehen Gefahr, Nutzungen und Lasten über, desgleichen Steuern und öffentliche Abgaben. ..."

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Nach der gesetzlichen Regelung der §§ 446, (436), 103 BGB hat der Käufer die nach der Übergabe des Kaufgegenstandes fällig werdenden (öffentlichen) Lasten zu tragen. Eine von dieser gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung haben die Parteien in dem Kaufvertrag nicht getroffen.

Nach § 436 BGB haftet der Grundstücksverkäufer nicht für die Freiheit von öffentlichen Lasten, wozu auch die Straßenanliegerbeiträge gehören. Gemäß § 446 i.V. mit § 103 BGB hat der Grundstückserwerber vom Übergabetag an die danach zu entrichtenden Lasten zu tragen. Bei zu „entrichtenden" Lasten handelt es sich nach einhelliger Meinung um „fällige" Lasten (RGZ 70, 263, 265; MünchKomm-*Holch*, § 103 Rdnr. 10; BGB-RGRK *Kregel*, 12. Aufl. § 103 Rdnr. 4; *Soergel/Bauer*, 11. Aufl., § 103 Rdnr. 6; *Staudinger/Dilcher*, 12. Aufl. § 103 Rdnr. 7; *Palandt/Heinrichs*, BGB 41. Aufl. § 103 Anm. 1; *v. Trotha*, MittRheinNot 1979, 82).

Gegen diese Auslegung des § 103 BGB wendet sich die Revision, soweit es um einmalige Lasten, wie die Erschließungskosten geht. Die von der Revision vorgetragene Kritik an der herkömmlichen Auslegung ist jedoch nicht überzeugend.

Schon der Wortlaut des § 103 BGB bestätigt die von der Revision angegriffene Rechtsansicht. § 103 BGB spricht von einer „zu entrichtenden" Schuld. Zu entrichten, d.h. zu begleichen ist nach allgemeinem Sprachverständnis eine Schuld in dem Zeitpunkt, in dem sie fällig ist (vgl. *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 2 unter „entrichten" und „Fälligkeitstermin"). Diese am Wortsinn des Gesetzes orientierte Rechtsanwendung wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt (vgl. *Mugdan*, Die gesamen Materialien zum BGB, 3. Bd., Sachenrecht S. 42; RGZ 70, 263, 265). Entgegen der Ansicht der Revision entspricht es auch nicht am ehesten der Gerechtigkeit, im Innenverhältnis mit den anfallenden Erschließungskosten nicht den neuen Eigentümer, sondern den Verkäufer zu belasten, der zur Zeit der Fertigstellung der Erschließungsanlagen Grundstückseigentümer war, weil diesem der Erschließungsvorteil zugute kam. Dies wird vielmehr von der Gestaltung des Einzelfalls abhängen, ist der Preis für das Grundstück danach bemessen worden, daß es sich um erschlossenes Bauland handel, ist es gerecht, daß der Verkäufer die Erschließungsbeiträge entrichtet. Haben die Parteien bei der Preisgestaltung die Erschließung nicht einbezogen, wäre es Sache des Käufers, für diese Kosten aufzukommen. Die Parteien haben es immer in der Hand, eine von der gesetzlichen Regelung abweichend und ihren Interessen gerecht werdende Vereinbarung zu treffen, auch wenn sie bei Vertragsabschluß noch nicht absehen können, ob und welche Vertragspartei noch zu Erschließungsbeiträgen herangezogen werden kann.

Gerechtigkeitserwägungen für einzelne Fallgruppen oder reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen können bei dieser den Parteien offenstehenden Lösung der vertraglichen Abänderung für den Einzelfall nicht zu einer Auslegung des Gesetzes gegen seinen Wortlaut und -sinn führen.

2. Die Parteien haben hier keine andere vertragliche Regelung getroffen.

Die Auslegung des § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages durch das Berufungsgericht, daß er keine vom Grundsatz des § 103 BGB abweichende Lastenverteilung enthalte, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Auslegung durch den Senat führt zu keinem anderen Ergebnis. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, entspricht § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages mit der Vereinbarung, daß die öffentlichen Abgaben mit dem 1. Dezember 1977 (auf die Kläger) übergingen, dem in den §§ 446, 103 BGB normierten Tatbestand. Die Klausel enthält darüber hinaus nichts, was auf eine hiervon abweichende Bedeutung der Vereinbarung schließen ließe. Insbesondere ist weder den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen noch dargetan, daß der Kaufpreis als Festpreis für ein erschlossenes und beitragsfreies Grundstück vereinbart war. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß auch keine außerhalb der Vertragsurkunde gelegenen Umstände ersichtlich sind, die einen von der Regelung des § 103 BGB abweichenden Parteiwillen ergeben, ist für das Revisionsgericht bindend. Die hier vertretene Auffassung widerspricht nicht der Senatsentscheidung vom 7. November 1975 — V ZR 23/74 — (NJW 1976, 1314 = DNotz 1976, 360). Dieser lag eine Klausel zu Grunde, die Anhaltspunkte für einen von der gesetzlichen Regelung abweichenden, übereinstimmenden Parteiwillen bot, und zwar dahin, daß die Erschließungskostenbeitragslast die Käufer nur dann treffen sollte, wenn die Erschließungskosten nicht bereits vor einem bestimmten Stichtag als öffentliche Last auf dem Grundstück ruhten.

---

3. AGB-Gesetz §§ 1, 9; BGB §§ 652, 812, 814, 818 (*Zur Wirksamkeit einer Gebühren- und Provisionsvereinbarung in einem Bauherrenmodell-Finanzierungsvermittlungsvertrag*)

Die formularmäßige Klausel eines Finanzierungsvermittlungsvertrags im Rahmen eines Bauherrenmodells, wonach Provisionen und Gebühren vom Bauherrn auch dann zu zahlen sind, wenn er anderweitig finanziert, ist wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam. *(Leitsatz nicht amtlich)*

OLG München, Urteil vom 2.4.1982 — 23 U 4208/81 — mitgeteilt von Rechtsanwalt *Dr. Hans-Werner Hürholz,* München

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger schlossen am 28.5.1979 mit Dr. E., dem Streitverkündeten, einen Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag ab. Sie beabsichtigten, im Rahmen eines Bauherrnmodells eine der 16 in E. geplanten Doppelhaushälften zu errichten. Dr. E., der damals Gesellschafter der Beklagten war, hat sodann am 29.5.1979 als Treuhänder der Kläger mit der Beklagten einen Finanzierungsvermittlungsvertrag abgeschlossen. In diesem ist in Übereinstimmung mit § 10 b des Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages vereinbart, daß die Vermittlungsprovision für die Beschaffung der Zwischen- und Endfinanzierung insgesamt 4% des kalkulierten Gesamtaufwandes einschließlich Mehrwertsteuer betragen solle und daß für die Übernahme einer Zinsgarantie eine Provision von 1% des kalkulierten Gesamtaufwandes übernommen werden solle.

Des weiteren ist in Ziffer 5 die Klausel enthalten:

„Die Provisionen und Gebühren sind vom Bauherrn auch zu zahlen, wenn dieser anderweitig finanziert".

Die Beklagten haben DM 21.506,26 auf die vereinbarte Provision an die Beklagte bezahlt. Sie haben jedoch die angebotene Finanzierung nicht angenommen, weil sie selbst ihre Finanzierung günstiger aufbringen konnten.

Die Kläger verlangen die Rückzahlung der Provision.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Antrag der Kläger zur Zahlung verurteilt.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die nach § 511 ZPO statthafte Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolgt. Das Landgericht hat zu Recht §5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages der Parteien vom 29.5.1979 wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG als unwirksam angesehen. Die Beklagte ist um den Klagebetrag ungerechtfertigt bereichert und nach § 812 BGB zu dessen Herausgabe verpflichtet. Ihre Verpflichtung wird durch die Bestimmungen der §§814, 818 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen.

I. Dem auf ungerechtfertige Bereicherung gestützten Rückforderungsanspruch der Klägerin steht § 814 BGB nicht entgegen. §814 BGB gibt dem Empfänger einer ohne Rechtsgrund erbrachten Leistung nur dann eine die Rückforderung ausschließende Einwendung, wenn der Leistende im Zeitpunkt der Leistung das Fehlen eines Rechtsgrundes positiv gekannt hat (BGH NJW 78, 2393). Die Beweislast für die positive Kenntnis im Zeitpunkt der Leistung obliegt dem Anspruchsgegner, hier der Beklagten (RG 90, 316). Diesen Beweis hat die Beklagte nicht erbracht. Sie hat hierzu lediglich behauptet, die Kläger hätten gewußt, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, weil sie den Finanzierungsvermittlungsvertrag für unwirksam halten. Damit beruft sich die Beklagte lediglich auf eine Schlußfolgerung. Die Kenntnis von Tatsachen, aus denen das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung geschlossen werden kann, begründet die Einwendungen aus §814 BGB nicht, vielmehr muß der Leistende im Zeitpunkt der Leistung die rechtliche Schlußfolgerung, nicht zur Leistung verpflichtet zu sein, tatsächlich gezogen haben (BGH WPM 81, 42, 45).

II. Die Beklagte beruft sich zu Unrecht auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) wegen Ausschüttung des Bilanzgewinnes 1979 in voller Höhe an die Gesellschafter. Den Wegfall einer erlangten Bereicherung kann nur derjenige einwenden, dessen Vermögen durch Erfüllung einer Kondiktion über den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung hinaus gemindert würde (vgl. BGHZ 55, 134). Die Beklagte hat nicht behauptet, daß nach Ausschüttung des Bilanzgewinns 1979 ihr gesamtes Aktivvermögen so weit abgesunken ist, daß es den Kondiktionsanspruch nicht mehr deckt. Durch die Herausgabe der Bereicherung sinkt lediglich der Gewinn im Jahre der Herausgabe des ohne rechtlichen Grund Erlangten. Die Vermögenslage der Beklagten ändert sich nicht. Mit der Rückzahlung fließt von ihr nicht mehr ab, als was ihr ohne Rechtsgrund zugeflossen ist.

III. Die Beklagte ist um den mit der Klage geltend gemachten Betrag ungerechtfertigt bereichert, § 812 BGB.

1) Unstreitig hat die Beklagte durch Leistung (Zahlung) der Klägerin den Betrag von 21.506,26 DM erlangt.

2) Die Leistung der Klägerin erfolgte ohne Rechtsgrund, denn die Bestimmung des § 5 Finanzierungsvermittlungsvertrag, auf die die Beklagte ihren Anspruch allein stützt, ist wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

3) Der Finanzierungsvermittlungsvertrag der Parteien stellt inhaltlich einen Maklervertrag dar. § 5 enthält nicht, wie die Beklagte meint, ein erfolgsunabhängiges Provisionsversprechen, dem kein herkömmlicher Maklervertrag, sondern ein Finanzierungsbeschaffungsvertrag zugrunde gelegen habe. Soweit sich die Beklagte in § 2 des Finanzierungsvermittlungsvertrages verpflichtet, die von den Klägern gewünschte Finanzierung zu vermitteln, weicht die Vereinbarung zwar vom Grundsatz des Maklerrechts, daß der Makler zur Entfaltung einer Tätigkeit nicht verpflichtet ist, ab. Aber auch die Vereinbarung eines sog. Maklerdienstvertrages ändert nichts daran, daß eine Vergütungspflicht nur im Erfolgsfall besteht (*Palandt-Thomas,* BGB, Einf. vor § 652 Anm. 3 b).

4) Das Maklerrecht kann als dispositives Recht uneingeschränkt durch Einzelvereinbarungen, also durch eine individuell ausgehandelte Abrede (BGH WPM 70, 392), abgeändert werden. Dagegen unterliegen die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Formularverträge sowohl in formeller als in materieller Hinsicht den strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen des AGBG, insbesondere der Generalklausel in § 9 AGBG (*Palandt-Thomas,* BGB, Einf. vor § 652 Anm. 4; *Jauernig-Vollkommer,* BGB, Vorbem. vor § 652 Anm. 3c). Eine vom gesetzlichen Leitbild des Maklerrechts in einem entscheidenden Punkt, wozu zweifelsfrei die Vergütungsabrede gehört, abweichende Vereinbarung in einem Formularvertrag ist deshalb nur dann gültig, wenn die Vereinbarung individuell ausgehandelt wurde (BGH NJW 79, 367).

5) Der Finanzierungsvermittlungsvertrag ist kein einzeln ausgehandelter, sondern ein Formularvertrag mit den Merkmalen Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Auf ihn findet das AGBG uneingeschränkte Anwendung (vgl. *Palandt-Heinrichs,* AGBG, § 1 Anm. 3).

a) Ob ein Formularvertrag mit den Merkmalen Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorliegt, hängt nicht davon ab, wer den Vertrag formuliert hat. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Zeuge Dr. E. den Vertrag zusammen mit dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten ausgearbeitet hat oder ob dies, wie die Beklagte mit Beweisantritt behauptet, nicht so geschehen ist. Derjenige, der den Vertrag formuliert hat, ist nicht zwangsläufig auch sein Verwender.

b) Bei § 5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages handelt es sich, wie auch bei den übrigen Bestimmungen des Vertrages, um eine Vereinbarung, die den Inhalt des Vertrages gestalten soll, also um eine Vertragsbedingung im Sinne von §1 Abs. 1 Satz 1 AGBG.

c) Der Finanzierungsvermittlungsvertrag war für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, denn er wurde für eine von der Beklagten in Aussicht genommene mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet (vgl. *Palandt-Heinrichs,* AGBG, § 1 Anm. 2 b, c). Dem steht nicht entgegen, daß dieser Vertrag im Rahmen des Bauvorhabens E. nur zwischen den Klägern und der Beklagten und nicht auch von weiteren Bauinteressenten abgeschlossen wurde. Die Beklagte trägt

selbst vor, daß der Finanzierungsvermittlungsvertrag als Muster für andere Verträge hätte dienen können. Daß er den individuellen Wünschen anderer Vertragspartner hätte angepaßt werden können, nimmt ihm nicht den Charakter eines Formularvertrages. Die grundsätzliche Möglichkeit einer Anpassung ist bei sämtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegeben. Maßgebend für das Vorliegen einer Individualvereinbarung ist aber nicht diese Möglichkeit der Anpassung, sondern konkretes Aushandeln im Einzelfall.

d) Die Beklagte ist Verwenderin des Finanzierungsvermittlungsvertrages. Sie hat die Vertragsbedingung in § 5 Finanzierungsvermittlungsvertrag den Klägern bei Vertragsabschluß gestellt, denn sie hat ihre Einbeziehung in den Vertrag verlangt. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Sachlage und der Erklärung der Beklagten, daß die Vereinnahmung der umstrittenen Vermittlungsgebühr unverzichtbarer Bestandteil und Grundlage der Gesamtkalkulation gewesen sei, ohne die das Bauvorhaben nicht habe verwirklicht werden können. Nur die Beklagte konnte sich von § 5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages einen Vorteil versprechen, denn diese Vertragsbedingung begründete für die Kläger eine Zahlungspflicht, der im Falle einer Finanzierung ohne Mitwirkung der Beklagten keine entsprechende Leistung der Beklagten gegenübergestanden hätte. Irgendein vernünftiges Interesse der Kläger an der Aufnahme dieser Bestimmung in den Vertrag ist nicht erkennbar. Ein solches Interesse lag ausschließlich bei der Beklagten.

e) Die Anwendbarkeit des AGBG ist durch den Umstand, daß auf Seiten der Kläger als ihr bevollmächtigter Treuhänder der Zeuge Dr. E. beim Abschluß des Finanzierungsvermittlungsvertrages tätig gewesen ist, nicht ausgeschlossen. Da Dr. E. im damaligen Zeitpunkt Gesellschafter der Beklagten gewesen ist, liegt allerdings nahe, daß er beim Abschluß des Vertrages als Vertreter der Kläger auch das Interesse der Beklagten im Auge hatte, da durch einen für die Beklagte günstigen Abschluß auch sein Gewinn erhöht werden konnte. Ebenso besteht die Möglichkeit, daß Dr. E. der Meinung war, durch die mit § 5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages bedingten Betriebsausgaben die steuerlichen Interessen der Kläger im Rahmen des Bauherrnmodells zu fördern. Obwohl die Kläger das Wissen und Wollen ihres rechtsgeschäftlichen Vertreters gegen sich gelten lassen müsen (§§ 164, 166 BGB), demzufolge auch seinen Willen, in den Finanzierungsvertrag dessen Bestimmung § 5 aufzunehmen, kann diese Bestimmung nicht als eine im einzelnen ausgehandelte Individualvereinbarung im Sinne von § 1 Abs. 2 ABGB angesehen werden. Die bloße, hier als gegeben unterstellte Bereitschaft beider Seiten, über § 5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages zu verhandeln, reicht nicht aus, um eine Aushandlungsvereinbarung im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG zu bejahen (vgl. *Palandt-Heinrichs,* AGBG, § 1 Anm. 4 m. weit. Hinweisen; *Wolf,* Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 77, 1937). Ein wirkliches Aushandeln aber hat die Beklagte nicht konkret behauptet. Ein Aushandeln ist nur gegeben, wenn die Vertragsbedingungen erörtert und gegenseitig abgesprochen werden (BGH BB 77, 59 [= DNotZ 77, 176 = MittBayNot 77, 11]). Aushandeln bedeutet mehr als bloßes Verhandeln (*Loewe, Graf von Westphalen, Trinkner,* Kommentar zum AGB-Ges., § 1 Rdnr. 22). Bei einer derart auffallend zugunsten einer der Vertragsparteien wirkenden Klausel hätte es einer Erörterung der gegenseitigen Interessen und der Gründe für eine Zustimmung der Kläger zur Hereinnahme der Klausel in den Vertrag bedurft. Von einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflußnahme beider Vertragsseiten, so die Umschreibung des Aushandlungsprozesses in der Begründung des Gesetzgebers zu § 1 Abs. 2 AGBG, bei Vertragsabschluß hat die Beklagte nichts mitgeteilt.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß sich die Kläger, vertreten durch Dr. E., freiwillig mit § 5 Finanzierungsvermittlungsvertrag einverstanden erklärt haben. Da der Gesetzgeber voraussetzt, daß bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Selbstbestimmung des anderen Teiles gerade ausgeschlossen ist, kann bei unveränderter Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur unter ganz besonderen Voraussetzungen eine Aushandlungsvereinbarung (§ 1 Abs. 2 AGBG) auf Grund freiwilligen Einverständnisses angenommen werden (*Wolf,* aaO, NJW 77, 1940). Das Einverständnis setzt ein Aushandeln voraus. Dieses muß nach § 1 Abs. 2 AGBG „im einzelnen", also konkret geschehen. Daran fehlt es, wie oben dargelegt wurde. Auch wenn die Kläger den Willen des Dr. E., die in § 10 seines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Klägern nicht enthaltene Bestimmung über eine Zahlungspflicht auch bei anderweitiger Finanzierung in den Vermittlungsvertrag aufzunehmen, nach § 166 BGB gegen sich gelten lassen müssen, kann mangels eines tatsächlichen Aushandelns nicht von einer Individualvereinbarung ausgegangen werden. Das AGBG ist auch dann anzuwenden, wenn der Vertragspartner des Verwenders so, wie er ob sein rechtsgeschäftlicher Vertreter ihn unterzeichnet hat, abschließen wollte.

6) Die Bestimmung in § 5 des Finanzierungsvermittlungsvertrages ist unwirksam. Die Beklagte hat die Vermutung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB nicht entkräftet, daß die Klausel die Kläger unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung ist gegeben, weil die Vertragsbedingungen mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelgung des Maklerrechts, daß der Makler Vergütung nur bei Erfolg seiner Tätigkeit verlangen kann, nicht zu vereinbaren ist. Die Meinung der Beklagten, von einer unangemessenen Benachteiligung könne keine Rede sein, weil nach den der Wahl des Bauherrnmodells zugrundeliegenden Überlegungen der Kläger die steuerliche Absetzbarkeit der Finanzierungskosten als Werbungskosten ein Interesse der Kläger an der Entstehung von Gebühren ausgelöst habe, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Maßgebend ist allein, daß die Kläger nicht verpflichtet waren, die angebotene Finanzierungsvermittlung bzw. eine vermittelte Finanzierung anzunehmen. Der Finanzierungsvermittlungsvertrag enthält eine solche Verpflichtung nicht. Für eine Abschlußzwang sind auch keine sonstigen Gründe ersichtlich. Die Kläger waren ferner nicht verpflichtet, sich Steuervorteile aufdrängen zu lassen. § 5 Finanzierungsvermittlungsvertrag stellt einen der Rechtsnatur des Maklervertrages widersprechenden Eingriff in die Entschließungs-und Abschlußfreiheit des Auftraggebers dar. Der Auftraggeber bleibt nach dem gesetzlichen Leitbild dem Makler gegenüber Herr des Geschäfts, er kann den Auftrag jederzeit widerrufen (*Palandt-Thomas,* BGB, Einf. vor § 652 Anm. 3 a).

7) Die Bestimmung in § 5 Finanzierungsvermittlungsvertrag ist auch nicht durch eine nachträgliche Erklärung der Kläger zur rechtswirksamen Individualvereinbarung geworden. Dazu hätte es eines dem Vertragsabschluß nachfolgenden Aushandelns bedurft. Die Kläger haben auch nicht durch die Zahlung der Vermittlungsgebühr oder eine sonstige nachträgliche Erklärung auf die Einrede der Unwirksamkeit nach dem AGBG verzichtet.

4. BGB §§ 873, 925, 1416; GBO §§ 13, 20, 22, 47 (*Grundstückserwerb durch Ehegatten in Gütergemeinschaft bei unrichtiger Auflassung*)

Wird Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, ein Grundstück „in Miteigentum zu gleichen Teilen" aufgelassen, so können sie auf ihren Antrag als Eigentümer in Gütergemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden; eine (erneute) Auflassung des Grundstücks an sie als Eigentümer zur gesamten Hand ist nicht erforderlich.

BGH, Beschluß vom 10.12.1981 — V ZB 12/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer der betroffenen Grundstücke ist im Grundbuch der verstorbene J. H. eingetragen, der von seiner inzwischen ebenfalls verstorbenen Ehefrau E.H. beerbt wurde. Ihre Erben sind die Beteiligten zu 1 — 3.

Durch notariellen Auseinandersetzungsvertrag vom 23. September 1980 vereinbarten die Beteiligten, daß die Grundstücke auf die Beteiligten zu 1 und 2 „zu je 1/2 Anteil zu Alleineigentum" übergehen sollen; sie erklärten eine entsprechende Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 1980 hat der Rechtspfleger darauf hingewiesen, daß die Beteiligten zu 1 und 2 in Gütergemeinschaft leben, und um Vorlage einer entsprechenden neuen Auflassungserklärung gebeten. Der Notar hat daraufhin einen von den Beteiligten zu 1 und 2 unterzeichneten unbeglaubigten „Berichtigungsantrag" eingereicht, in dem diese beantragen, die Grundstücke auf sie in Gütergemeinschaft „umzuschreiben". Dies hat den Rechtspfleger zu einer erneuten Zwischenverfügung vom 9. Januar 1981 veranlaßt, in der er auf Vorlage einer neuen Auflassungserklärung bestand und auch beanstandete, daß die Unterschriften der Beteiligten zu 1 und 2 unter dem Berichtigungsantrag nicht beglaubigt seien.

Die als Beschwerde behandelte Erinnerung des Notars gegen diese Zwischenverfügung des Grundbuchamts hat das Landgericht als unbegründet zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Köln möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, weil der berichtigte Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 vollzogen werden könne. Es sieht sich jedoch an dieser Entscheidung im Hinblick auf den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 2. November 1978 (BayObLGZ 1978, 355 ff. [= DNotZ 1979, 216])* gehindert und hat deshalb die weitere Beschwerde „gemäß § 28 Abs. 2 FGG" dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist zulässig. Das Oberlandesgericht hält es für möglich, die Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund ihres Antrags sofort als Gesamthandseigentümer der betroffenen Grundstücke in Gütergemeinschaft einzutragen; das Bayerische Oberste Landesgericht verlangt dazu in dem erwähnten Beschluß eine neue Auflassung mit Angabe des maßgebenden Rechtsverhältnisses (Gütergemeinschaft). Die Vorlegungsfrage betrifft die Auslegung von bundesgesetzlichen Vorschriften, die das Grundbuchrecht betreffen (§§ 13, 20, 22, 47, 82 GBO; § 1416 BGB).

II. Die zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg; die Bedenken des Grundbuchamts sind unbegründet.

1. Die Vorlegungsfrage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (wie das Bayerische Oberste Landesgericht: OLG Zweibrücken, DNotZ 1965, 614 ff.; OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 204; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1979, 139 [= DNotZ 1979, 219]; *Erman/Ronke,* BGB 7. Aufl. § 925 Rdnr. 29; *Soergel/Baur,* BGB 11. Aufl. § 925 Rdnr. 36; *Horber,* GBO 15. Aufl. § 20 Anm. 4 a und § 47 Anm. 2 C b; nicht ausdrücklich für den vorliegenden Fall aber wohl auch in diesem Sinne *Hesse/Saage/Fischer,* GBO 4. Aufl. § 47 Anm. III 1 und *Meikel/Imhof/Riedel,* GBO 6. Aufl. § 20 Anm. 60 und § 47 Anm. 31; *Staudinger/Seufert,* BGB 11. Aufl. § 925 Rdnr. 55; wie das vorlegende OLG: LG Düsseldorf, Rpfleger 1977, 24; LG Köln, DNotZ 1977, 244 ff.; LG Bonn, MittRhNotK 1981, 66; BGB-RGRK 12. Aufl. § 925 Rdnr. 59; *Erman/Heckelmann,* BGB aaO § 1416 Rdnr. 6; MünchKomm/*Kanzleiter* § 925 Rdnr. 9; *Palandt/Bassenge,* BGB 40. Aufl. § 925 Anm. 5 a dd; *Soergel/Gaul,* BGB aaO § 1416 Rdnr. 10; *Haegele,* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 275; *Hieber,* DNotZ 1959, 463 ff., ders. in DNotZ 1965, 615 ff; *Rehle,* DNotZ 1979, 196 ff.; *Tiedtke,* FamRZ 1979, 370 ff.; *Leikamm,* BWNotZ 1979, 164; *Panz,* BWNotZ 1979, 86; *Ertl,* Rpfleger 1980, 41, 50; vgl. auch KEHE/*Ertl,* GBO 2. Aufl. § 20 Rdnr. 101; wohl auch RGZ 155, 344, 346). Der Senat folgt der Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts.

Die unterschiedlichen Meinungen beruhen zum Teil auf einer kontroversen Auslegung des § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Frage, auf welchem Wege beim späteren Erwerb eines Ehegatten Eigentum in das Gesamtgut fällt. Nach der sogenannten Durchgangstheorie wird der für sich allein erwerbende Ehegatte zunächst Eigentümer für eine „logische Sekunde", bevor die Gesamthandsgemeinschaft kraft Gesetzes sein Rechtsnachfolger wird. Nach anderer Auffassung vollzieht sich der Erwerb für das Gesamtgut unmittelbar (also ohne Durchgang durch das Vermögen eines Ehegatten), und zwar ohne Rücksicht auf die subjektiven Vorstellungen der Veräußerer- und Erwerberseite (vgl. *Soergel/Gaul,* BGB aaO § 1416, Rdnr. 4 m.w.N. zum Theorienstreit). Der Senat muß auf diesen Streit im vorliegenden Fall weder näher eingehen noch ihn entscheiden, weil nach beiden Auffassungen dem Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 stattzugeben ist.

a) Auf dem Boden der Unmittelbarkeitstheorie wirkt die zugunsten eines Ehegatten erklärte Auflassung unmittelbar für das Gesamtgut. Wird die Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft beantragt, so decken sich trotz des verschiedenen Wortlauts Auflassung und Eintragungsantrag, weil § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB (verstanden als gesetzliche Erwerbsermächtigung) die Einigung entsprechend modifiziert. Im vorliegenden Fall kann das nicht anders sein. Die Auflassung an die Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft wirkt zwangsläufig zwischen den Veräußerern und den Ehegatten als Gesamthändern. So sind sie auf ihren Antrag auch ins Grundbuch einzutragen (vgl. *Tiedtke* FamRZ aaO Seite 371).

b) An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn man der Durchgangstheorie folgt, die auch das Bayer. Oberste Landesgericht vertritt. Nach seiner Auffassung stimmt der Eintragungsantrag (Gesamthandseigentum der Eheleute) nicht mit der Auflassung (Bruchteilseigentum) überein. Auch unter dem Gesichtspunkt der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) könne dem Verlangen der Eheleute hier nicht entsprochen werden, denn Eheleute in Gütergemeinschaft könnten das Eigentum an einer Sache nicht — auch nicht in einer logischen Sekunde des Durchgangserwerbs — in Bruchteilsgemeinschaft erwerben (BayObLGZ aaO S. 338). Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Bei Grundstücken setzt der Eigentumserwerb der Gemeinschaft an sich einen Grundbucheintrag (§ 873 Abs. 1 BGB) des zunächst erwerbenden Ehegatten allein voraus. Da aber bereits mit dieser Eintragung das Grundbuch unrichtig würde, ist heute allgemein anerkannt, daß sofort die Eintragung beider Eheleute als Eigentümer in Gütergemeinschaft beantragt und vollzogen werden kann (BayObLGZ 1975, 209 [= MittBayNot 1975, 169]). Diese Grundbuchpraxis bedeutet keinen Bruch innerhalb der Durchgangstheorie. Formellrechtlich kann das Grundbuchamt nicht zu einem Eintrag

* vgl. hierzu auch die kurz vor Erlaß des BGH-Beschlusses ergangene Entscheidung des BayObLG MittBayNot 1981, 252.

verpflichtet sein, der in der Sekunde seines Vollzugs schon wieder unrichtig sein würde, so daß er — auch von Amts wegen — berichtigt werden müßte (vgl. § 82 GBO; allgemeine Meinung seit RGZ 155, 344, 347). Werden demgemäß sofort die Eheleute in Gütergemeinschaft eingetragen, so bedeutet dieser vereinfachte Vollzug nichts anderes, als wäre der zunächst erwerbende Ehegatte eingetragen, dies aber sogleich wieder berichtigt worden (vgl. *Tiedtke* aaO S. 371; *Staudinger/Felgenträger* aaO § 1416 Rdnr. 35; das Bayerische Oberste Landesgericht mißt der Eintragung der Gütergemeinschaft in bezug auf den erwerbenden Ehegatten eine notwendig rechtsändernde, hinsichtlich der Ehegatten eine ausschließlich berichtigende Wirkung bei, vgl. BayObLGZ aaO S. 338). Aus einem materiellen Blickwinkel betrachtet wird die Notwendigkeit der Alleineintragung des erwerbenden Ehegatten (§ 873 Abs. 1 BGB) im Hinblick auf § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB modifiziert, weil es auch materiell nicht Sinn des Eintragungsgrundsatzes sein kann, Eintragungen vorzunehmen, die schon mit ihrem Vollzug die unrichtige Rechtslage verlautbaren.

Für den Erwerb eines Grundstückshälfteanteils durch einen Ehegatten gilt nichts anderes. Es kann auch jeder Ehegatte für sich einen Grundstückshälfteanteil erwerben und — sogar in ein und derselben Urkunde gleichzeitig — ein Hälfteanteil an den Ehemann, der andere an die Ehefrau aufgelassen werden mit der Folge, daß jeder Hälfteanteil nach Durchgangserwerb in der Person eines jeden Ehegatten in das Gesamtgut fällt und entsprechend dem oben ausgeführten Grundsatz sofort eine „berichtigende" Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft erfolgen kann. Das erkennt auch das Bayerische Oberste Landesgericht an (vgl. BayObLGZ 1978 S. 339). Es will diese Möglichkeit in Fällen der vorliegenden ASrt deshalb nicht zulasen, weil hier ein Rechtsgeschäft vorliege, in dem beide Ehegatten gemeinschaftliche Empfänger der Auflassung seien und daher ihr Eigentumserwerb über eine einheitliche Eintragung notwendig ein gemeinschaftlicher sei, dagegen im anderen Fall jeder Ehegatte über je ein selbständiges Rechtsgeschäft (auch bei einheitlichem Vollzug beider Aulassungen) zunächst im Wege des Durchgangserwerbs Eigentum an dem ihm aufgelassenen Hälfteanteil erwerbe, wobei die einzelnen Rechtsgeschäfte ihre eigenen Wege (z. B. in bezug auf Anfechtung, Rücktritt usw.) gehen könnten.

Für die hier allein entscheidende Frage (Möglichkeit eines Durchgangserwerbs der Ehegatten in Form des Bruchteilseigentums) ist dieser Unterschied aber sachlich ohne Bedeutung.

Ob jeder der Ehegatten einen Miteigentumsanteil erwirbt oder ob sie zusammen das Grundstück zu gleichen Teilen erwerben, bedeutet im Ergebnis keinen Unterschied. Gemeinschaftlicher und gesonderter Bruchteilserwerb führen grundsätzlich zum Miteigentum nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 1018 ff. BGB). Ob der Weg dorthin über ein oder zwei getrennte Geschäfte (sofern man bei Auflassungen in einheitlicher Urkunde noch von getrennten Geschäften reden kann) führt, mag unter anderen Gesichtspunkten von Bedeutung sein, besagt aber nichts dafür, ob Eheleute in Gütergemeinschaft nicht für eine logische Sekunde Bruchteilseigentum erwerben können. Entsteht es über zwei getrennte (aber gleichzeitig vollzogene) Auflassungen für die Bruchteile, so ist nicht einzusehen, warum dies über ein einheitliches Geschäft nicht möglich sein soll. Auch in Fällen der vorliegenden Art werden von den Ehegatten zwei Auflassungserklärungen abgegeben mit dem Inhalt ein Grundstück „zu Miteigentum je zur Hälfte" erwerben zu wollen. Von dem getrennten (aber gleichzeitigen) Erwerb der Bruchteile unterscheidet sich dieser Fall allein dadurch, daß sich die Ehegatten jeweils wechselseitig auch damit einverstanden erklären, daß ihr Partner die andere Hälfte erwirbt. Je nach sprachlicher Fassung der Erklärungen lassen sich die geschilderten Wege zum gleichen Ergebnis kaum noch unterscheiden. Auf diesen Unterschied abzuheben wird zu Recht als unnötiger Formalismus empfunden (vgl. insbesondere *Tiedtke* FamRZ 1979, 370, 372; *Rehle,* DNotZ 1979, 196, 205).

Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 1416 BGB läßt sich herleiten, daß der gemeinsame Erwerb von Bruchteilseigentum durch die Eheleute ausgeschlossen ist. Die vom Bayerischen Obersten Landesgericht dafür benannten Belegstellen *(Palandt,* BGB 37. Aufl. § 1008 Anm. 2; BGB-RGRK 12. Aufl. § 1008 Rdnr. 19; *Soergel/Siebert/Baur,* BGB 10. Aufl. vor § 1008 Rdnr. 5) behandeln dieses Problem nicht. Sie besagen nur, daß grundsätzlich Bruchteilseigentum entsteht, wenn mehrere, die nicht in einer Gesamthandsgemeinschaft verbunden sind, eine Sache erwerben. Nach § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB gehört zum Gesamtgut das Vermögen, das Mann oder Frau während der Gütergemeinschaft erwerben. Dieser Wortlaut schließt einen gemeinschaftlichen Durchgangserwerb von Mann und Frau nicht aus. Wird die (Durchgangs-)Erwerbsfähigkeit der Ehepartner je für sich nicht eingeschränkt, dann leuchtet nicht ein, warum dies dann der Fall sein soll, wenn sie Bruchteilseigentum erwerben wollen. Dem Sinn und Zweck des § 1416 BGB ist damit genügt, daß sich der Bruchteilserwerb der Eheleute sofort in Gesamthandseigentum umwandelt.

Hält man in Fällen der vorliegenden Art die Auflassung materiell für unwirksam (vgl. OLG Zweibrücken, DNotZ 1965, 614, 615; OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 204; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1979, 139 [= DNotZ 1979, 219]), hat das zur Folge, daß eine Grundbuchberichtigung auf Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft auch dann nicht erfolgen könnte, wenn die Eheleute irrtümlich (weil das Grundbuchamt die Tatsache der Gütergemeinschaft nicht kannte) zunächst als Miteigentümer je zur Hälfte eingetragen wurden. Dies kann die Interessen der Erwerber unter Umständen erheblich gefährden, insbesondere, wenn sich der Irrtum über ihren Güterstand erst sehr viel später herausstellt. Sie hätten dann unter Umständen den Kaufpreis voll bezahlt, aber kein Eigentum erworben. Dagegen werden die Belange des Veräußerers durch die hier vertretene Auffassung nicht beeinträchtigt, da kaum Fälle vorstellbar sind, in denen es für ihn einen Unterschied machen sollte, ob er das Grundstück an Eheleute in Bruchteilsgemeinschaft oder in Gesamthandsgemeinschaft überträgt (vgl. dazu LG Bonn, MittRhNotK 1981, 66, 67 und auch BayObLGZ 1958, 353, 356, 357). Behandelt man dagegen hier die Auflassung als wirksam (die das Grundbuchamt aber aus Verfahrensgründen nicht als Eintragungsgrundlage verwenden darf) und hält eine gleichwohl erfolgte Eintragung der Eheleute als Bruchteilseigentümer für berichtigungsfähig (§ 22 GBO), dann führt das zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß für die Verhinderung einer Unrichtigkeit des Grundbuchs strengere Erfordernisse aufgestellt werden (Änderung der Auflassung in notarieller Form) als für die Beseitigung der bereits eingetretenen Unrichtigkeit (vgl. *Hieber,* DNotZ 1965, 615, 616; derselbe DNotZ 1959, 463, 466).

Mit seiner Auffassung vermeidet der Senat auch unnötige praktische Schwierigkeiten. Die Veräußererseite wird näm-

lich zur Änderung der Auflassung schon deshalb wenig Mitwirkungsbereitschaft zeigen, weil sie das Gemeinschaftsverhältnis auf der Erwerberseite in der Regel nicht interessiert. Zwar ist richtig, daß Eheleute, die um ihre Gütergemeinschaft wissen müßten, einen Rechtserwerb unmittelbar für das Gesamtgut herbeiführen können, so daß auf den ersten Blick der Durchgangserwerb einer Bruchteilsgemeinschaft als überflüssiger Umweg erscheint. Nicht nur aus Vergeßlichkeit, sondern auch aus anderen Gründen sind aber Fehlvorstellungen über den Güterstand in der Praxis nicht selten (vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von *Rehle* aaO S. 197, 198; *Hieber,* DNotZ 1959, 465; 1965, 616). So kennen z. B. Laien kaum den Unterschied zwischen Gütergemeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft und halten die Gütergemeinschaft für den gesetzlichen Güterstand, wozu die Bezeichnung „Zugewinngemeinschaft" verleitet). Unrichtige Angaben über den wahren Güterstand kommen deshalb öfters vor, wie die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen eindrucksvoll belegen.

Wird in diesen Fällen die Auflassung nicht geändert oder nachgeholt, so verstößt das auch nicht gegen die Formstrenge im Grundbuchrecht, weil der Güterstand der Gütergemeinschaft ohnehin formgerecht nachgewiesen werden muß (§§ 22, 29 GBO). Auch eine Unklarheit im Grundbuch ist nicht zu besorgen. Die Bruchteilsgemeinschaft der Ehegatten dauert nur eine logische Sekunde und erschöpft sich darin, den gesamthänderischen Erwerb der Ehegatten zu ermöglichen. Aus dem Grundbuch wird dieser „Zwischenerwerb" gar nicht ersichtlich.

2. Das Grundbuchamt kann den Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 auch nicht deshalb beanstanden, weil ihre Unterschriften nicht beglaubigt sind. Es geht hier um eine entsprechende Anwendung von § 22 BGO. Ein Berichtigungsantrag (§ 13 GBO) ist formlos möglich (§ 30 GBO; *Horber,* GBO 15. Aufl. § 30 Anm. 2 a). Der Nachweis der Unrichtigkeit kann durch Vorlage des notariell beurkundeten Ehevertrages geführt werden.

---

5. BGB §§ 877, 1030 ff.; GBO § 47 *(Inhaltsänderung beim Nießbrauch)*

Es stellt sich als zulässige Inhaltsänderung des Nießbrauchs dar, wenn ein für Gesamtberechtigte bestellter Nießbrauch in einen Sukzessiv-Nießbrauch dergestalt geändert wird, daß dieser für einen der ursprünglich Gesamtberechtigten auflösend bedingt durch seinen Tod bestellt wird und für den anderen Gesamtberechtigten die Rechtswirkungen erst aufschiebend bedingt durch den Tod des Erstberechtigten eintreten sollen.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Schweinfurt, Beschluß vom 26. 2. 1982 — 2 T 21/81 — mitgeteilt von *Franz Helfert,* Vorsitzender Richter am LG

Aus dem Tatbestand:

Frau A. — Beteiligte zu 3) — ist als Eigentümerin des Grundstücks Flurstück-Nr. 105 der Gemarkung Z. im Grundbuch eingetragen. Dieses Grundstück ist unter anderem mit einem Nießbrauch für B. — Beteiligter zu 1) — und seine Ehefrau C. — Beteiligte zu 2) — als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB belastet.

Mit notarieller Urkunde wurde nunmehr die Änderung des eingetragenen Nießbrauchs dahingehend beantragt, daß er zunächst dem Beteiligten zu 1) allein auf dessen Lebenszeit und nach Erlöschen seiner etwa überlebenden Ehefrau — Beteiligte zu 2) — alleine auf deren Lebenszeit zusteht. Die Eintragung dieser Änderung wurde von den Beteiligten bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt wies diesen Antrag zurück, weil es der Auffassung war, daß die Voraussetzungen einer Inhaltsänderung gemäß § 877 BGB nicht vorlägen. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die Änderung der Gesamtberechtigung an einem Nießbrauch in der Weise, daß nunmehr das Recht auflösend bedingt durch den Tod des Ehemanns ausschließlich diesem, und mit seinem Tod aufschiebend bedingt seiner Ehefrau zustehen soll, nur durch Teilaufhebung und Neubestellung des Rechts möglich sei. Denn die sukzessive Berechtigung am Nießbrauch erfordere die Bestellung zweier Rechte, und zwar einen mit seiner Eintragung sofort wirksamen Nießbrauch für den Erstberechtigten auflösend bedingt durch dessen Tod und einen noch nicht wirksam zur Entstehung gelangten Nießbrauch für den nachfolgenden Berechtigten, der erst mit dem Tod des Erstberechtigten wirksam wird.

Der hiergegen namens und im Auftrag der Beteiligten eingelegten Erinnerung des Notars, der eine Inhaltsänderung für zulässig erachtet, haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die statthafte (§§ 11 Abs. 2 RPflG, 71 GBO) und auch sonst zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die beantragte Eintragung bezüglich des Nießbrauchsrechts im Wege der Inhaltsänderung gemäß § 877 vorgenommen werden kann.

1. Inhaltsänderung im Sinne von § 877 BGB ist jede nachträgliche Abwandlung der Befugnisse des Berechtigten, die unter Aufrechterhaltung der Identität des Rechts weder Begründung oder Belastung (§ 873 BGB) noch Aufhebung (§ 875 BGB) ist (vgl. *Staudinger-Seufert,* Rdnr. 2 zu § 877; BayObLG NJW 1960, 1155). Die Grenzen hierbei sind zum Teil flüssig und umstritten. Grundsätzlich ist aber auch für den hier in Frage stehenden Nießbrauch das gesetzliche Schuldverhältnis nachträglich durch Vertrag mit dinglicher Wirkung abänderbar, soweit dadurch nicht der Wesenskern des Nießbrauchs verändert wird (vgl. *Palandt-Parsenow,* Einführung 1 vor § 1030 m.w.N.). Als zulässige Inhaltsänderung stellt es sich auch dar, wenn ein für Gesamtberechtigte bestellter Nießbrauch in einen Sukzessiv-Nießbrauch dergestalt geändert wird, daß dieser für einen der ursprünglich Gesamtberechtigten auflösend bedingt durch seinen Tod bestellt wird und für den anderen Gesamtberechtigten die Rechtswirkungen erst aufschiebend bedingt durch den Tod des Erstberechtigten eintreten sollen. Die gegenteilige Auffassung des Erstgerichts beruht auf der Annahme, daß sich der Nießbrauch für Gesamtberechtigte als ein einheitliches Recht darstellt, während bei einem Nießbrauch für zeitlich aufeinanderfolgende Berechtigte zwei Nießbrauchsrechte bestellt werden müssen. Diese Rechtsauffassung hätte in der Tat zur Folge, daß es vorliegend für die Beteiligte zu 2) einer Teilaufhebung des eingetragenen Gesamtnießbrauchs und einer Neubestellung des aufschiebend bedingten Rechtes bedürfte. Die Kammer vermag jedoch dem im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu folgen, weil bereits die Gesamtberechtigung sich nicht als ein Recht erweist, sondern von vorneherein für jeden der Berechtigten ein getrenntes Recht darstellt.

2. Es entspricht nunmehr ganz herrschender Meinung, daß ein Nießbrauch — wie ursprünglich auch vorliegend — für mehrere als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB bestellt werden kann (BayObLG 1955, 158; 1975, 194; *Palandt-Bassenge,* Anm. 3 a zu § 1030 BGB). Dies beinhaltet jedoch nicht, daß es sich bei einem solchermaßen bestellten Nießbrauch um ein einziges Recht handelt, vielmehr sind die Rechtswirkungen für die einzelnen Gesamtberechtigten aus der Natur der Gesamtgläubigerschaft zu beantworten. Im Gegensatz zur Gesamthandsforderung bedeutet die Gesamtgläubigerschaft, daß jeder der einzelnen Gesamtgläubiger Leistung des Ganzen an sich fordern kann. Es beste-

hen mehrere selbständige Forderungen, die lediglich durch die Einheitlichkeit der Tilgungswirkung miteinander verbunden sind (vgl. Wortlaut § 428 Satz 1 BGB; *Palandt-Heinrichs,* Anm. 1 zu § 428 BGB). Für die Gesamtberechtigung hinsichtlich des Nießbrauchs hat dies zur Folge, daß jedem der Gesamtberechtigten das selbständige dingliche Recht zusteht, die Nutzungen aus dem geleisteten Gegenstand — hier Grundstück — zu ziehen; mithin kann jeder der Berechtigten den Nießbrauch selbständig seinem ganzen Umfang nach ausüben. Mit dieser Ausübung wird dann zugleich das Ausübungsrecht des anderen Berechtigten verbraucht. Das Rechtsgebilde der Gesamtberechtigung, das in §§ 428 bis 430 BGB als Gesamtgläubigerschaft für das Schuldrecht geregelt ist, aber auch im Sachenrecht in einer diesem angepaßten Form anwendbar ist (vgl. *Woelki,* Rechtspfleger 68, 208 f.) liegt vor, wenn mehrere Berechtigte zu einer Befriedigungsgemeinschaft verbunden sind, und zwar dadurch, daß die Befriedigung des einen Berechtigten auch als Befriedigung des anderen gilt.

Es ist anerkannten Rechtes, daß etwa dann, wenn einer der Gesamtberechtigten stirbt, das Nießbrauchsrecht, abgesehen von dem Fall einer Befristung oder auflösenden Bedingung, zu Gunsten des anderen Gesamtberechtigten bestehen bleibt, weil es von vornherein jedem Gesamtberechtigten bis zu seinem Tod, unabhängig von der Lebensdauer des anderen Gesamtberechtigten zusteht (KG JFG 10, 312; Reichsgerichtsrätekommentar, 10. Auflage, Anm. 3 zu § 1030). Dies macht hinreichend deutlich, daß entgegen der Auffassung des Rechtspflegers es sich bei dem Nießbrauch in Gesamtberechtigung nicht um ein einheitliches Recht, sondern materiellrechtlich und von Anfang an bestehende selbständige Rechte handelt. Deshalb bedarf es aus diesem Grund keiner Teilaufhebung und Neubestellung des Nießbrauchs, wenn die Rechte der einzelnen Berechtigten eine von der verbindenden Fügungswirkung unabhängige Ausgestaltung erfahren, die von vorneherein, wie das Amtsgericht zutreffend ausführt, nur im Wege der Einzelrechtsbestellung möglich wäre.

3. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Gesamtberechtigung bezüglich des Nießbrauchs im Grundbuch gemäß § 47 GBO als ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird (vgl. hierzu *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann,* Grundbuchrecht, 2. Auflage, Rdnr. 9 f. zu § 47 GBO). Ein gemeinschaftliches Recht im Sinne von § 47 GBO liegt nämlich an sich nur vor,wenn es mehreren entweder in Bruchteils- oder in Gesamthandsgemeinschaft zusteht. Auf die Gemeinschaft der Gesamtgläubigerschaft im Sinne von § 428 BGB wird § 47 GBO lediglich entsprechend angewendet, da § 47 GBO selbst nur ein Ausfluß des das formelle Grundbuchrecht beherrschenden Grundsatzes der Bestimmtheit der Eintragung ist und die Bezeichnung mehrerer Berechtigter ohne Eintragung ihrer Gesamtberechtigung, zur Folge derer jeder zwar selbständig die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner diese aber nur einmal zu bewirken verpflichtet ist, unvollständig und daher ordnungswidrig, aber darum noch nicht materiellrechtlich unwirksam wäre (vgl. BayObLG 1957, 322, 324 m.w.N.; ungenau insoweit *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann,* aaO Rdnr. 1 zu § 47 GBO). Wenn bei der entsprechenden Anwendung von § 47 GBO aus Vereinfachungsgründen, zur Vermeidung weitläufiger Eintragungen bei einer Vielzahl von Berechtigten, somit im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs von dem in der Rechtslehre entwickelten Grundsatz abgewichen wird, daß jedes selbständige Recht unter einer gesondert laufenden Nummer zu buchen sei, so betrifft dies ausschließlich eine Frage der Grundbuchführung und der Zweckmäßigkeit, nicht aber eine Frage des materiellen Rechts (zur Bedeutung von § 47 GBO als Ordnungsvorschrift vergleiche *Henle,* Recht 1912, 77). Die formelle Eintragung des Nießbrauchs für Gesamtberechtigte als ein Recht läßt mithin unberührt, daß es sich materiell-rechtlich tatsächlich um selbständige Rechte zugunsten der jeweiligen Gesamtberechtigten handelt.

4. Wenn diese selbständigen Rechte nunmehr mit Bedingungen versehen werden, — auflösend bedingt für den einen, aufschiebend bedingt für den anderen Berechtigten — so regelt dies lediglich die inhaltlichen Befugnisse zweier bereits materiell-rechtlich selbständig bestehender Rechte, ohne deren Identität anzugreifen. Die Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung ist als Inhaltsänderung eines dinglichen Rechtes anerkannt (vgl. Münchener Kommentar-*Wacke,* Rdnr. 4 zu § 877 unter Hinweis auf KG JW 1935, 3235, 3236). Dies ist für den Beteiligten zu 1), dessen Nießbrauchsrecht nunmehr auflösend bedingt durch seinen Tod und frei von der zu seinen Lasten tretenden Befriedigung zu Gunsten der Beteiligten zu 2) ist, ganz ohne Zweifel, denn seine bereits bestehende selbständige dingliche Berechtigung, die Nutzungen aus dem belasteten Grundstück zu ziehen, wird weder verkürzt noch bedarf sie im Hinblick auf das ohnehin gegebene selbständige Recht der Nutzungsziehung der Erweiterung und damit Neubegründung. Aber auch für die Beteiligte zu 2) bleibt die Rechtsidentität gewahrt, wenngleich die Rechtswirkungen des Nießbrauchs erst aufschiebend bedingt mit dem Tode des Beteiligten zu 1) eintreten. Dies folgt aus der Rechtsnatur der aufschiebenden Bedingung. Es ist heute herrschende Meinung, daß beim suspensiv bedingten Rechtsgeschäft der Eintritt der Bedingung nicht dem Tatbestand des Rechtsgeschäftes zuzurechnen ist. Vielmehr ist auch beim aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft der Tatbestand des Geschäftes schon voll gegeben, lediglich die Rechtswirkungen sind bedingt. Hiernach ist auch das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft als Rechtsgeschäft bereits vollkommen (vgl. *Palandt-Heinrichs,* Einführung 3 a vor § 158 m.w.N.). Dies kann aber nur bedeuten, daß es für die Beteiligte zu 2) trotz der Hinzufügung der aufschiebenden Bedingung bei dem bereits bestellten selbständigen Nießbrauchsrecht verbleibt und lediglich ihre Befugnisse aus dem bereits bestehenden Recht auf einen späteren Zeitpunkt verlagert werden. Die dem Nießbrauch eigenen Merkmale des gesetzlichen Schuldverhältnisses, nämlich das Recht zum Besitz und zur Nutzung nach den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft, werden hierdurch nicht angetastet, sondern lediglich im Hinblick auf den Beginn ihrer Wirkungen terminiert. Dies stellt aber eine zulässige inhaltliche Änderung des bestehenden Rechts dar, die einer Aufhebung des bisher bestellten Rechtes und einer Neubestellung nicht bedarf.

Die vorgenannten Erwägungen führen zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Gleichzeitig war das Amtsgericht — Grundbuchamt — anzuweisen, die beantragte Eintragung vorzunehmen.

6. WEG § 12 Abs. 1; BGB §§ 2048, 2174 *(Zur WEG-Verwalterzustimmung bei Erbauseinandersetzung)*

Die Übertragung eines Wohnungs-(Teil-)Eigentums von der Erbengemeinschaft auf einen der Miterben bedarf auch dann als „Veräußerung" des Wohnungs-(Teil-)Eigentums (bei entsprechender Vereinbarung der Wohnungseigentümer) der Zustimmung des Verwalters, wenn sie der Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung dient.

BayObLG, Beschluß vom 29.1.1982 — BReg. 2 Z 50/81 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) und 2) waren als Eigentümer in Erbengemeinschaft eines im Teileigentums-Grundbuch des Amtsgerichts M. von G. gebuchten Teileigentums (2/1000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einer Garage) eingetragen. Der Beteiligte zu 1) war Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des früheren Teileigentümers H. Nach der Eintragung im Grundbuch ist zur gänzlichen oder teilweisen Veräußerung des Teileigentums die Zustimmung des Verwalters erforderlich.

Zu notarieller Urkunde vom 12.11.1980 überließen die Beteiligten zu 1) und 2) (mit Genehmigung des Testamentsvollstreckers) das vorgenannte Teileigentum an den Miterben S., den Beteiligten zu 1). Die Beteiligten erklärten die Auflassung. Abschnitt VII der Urkunde lautet: „Die heutige Überlassung erfolgt in Erfüllung der Teilungsanordnung des Erblassers H.". In der Urkunde heißt es weiter (Abschnitt IX), durch die heutige Überlassung sei bezüglich des Vertragsgegenstands eine Auseinandersetzung (der Erbengemeinschaft) vorgenommen worden.

Auf den vom Urkundsnotar namens der Beteiligten gestellten Vollzugsantrag vom 15.1.1981 beanstandete der Rechtspfleger beim Amtsgericht mit Zwischenverfügung vom 10.2.1981, daß die Zustimmung des Verwalters (in öffentlich beglaubigter Form) nicht vorgelegt worden sei.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Notars vom 13.2.1981.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht mit Beschluß vom 3.4.1981 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen hat sich die vom Urkundsnotar namens der Beteiligten eingelegte weitere Beschwerde vom 29.4.1981 gerichtet.

Am 28.7.1981 erteilte der Verwalter unter anderem auch die Zustimmung zu dem Vertrag vom 12.11.1980. Daraufhin erklärte der Notar, im Hinblick darauf sei die Hauptsache erledigt.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft und formgerecht eingelegt (§§ 78, 80 Abs. 1 Satz 3, § 15 GBO). Dadurch, daß der Verwalter nach Einlegung der weiteren Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts der Übertragung des Teileigentums auf den Beteiligten zu 1) zugestimmt hat, ist zwar der Verfahrensgegenstand entfallen und damit die — zulässig eingelegte — weitere Beschwerde in der Hauptsache unzulässig geworden. Die Beteiligten haben dem aber dadurch Rechnung getragen, daß sie die Hauptsache für erledigt erklärt haben. Damit beschränkt sich die Beschwerde auf die Kosten des Verfahrens. In diesem beschränkten Umfang ist die weitere Beschwerde zulässig geblieben (BayObLGZ 1963, 80/81 f.; 1968, 164/167; 1971, 182/184 f.; BayObLG JurBüro 1981, 104 f.; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 19 Rdnr. 36, § 20 a Rdnr. 11; jew.m.Nachw.).

Das Rechtsbeschwerdegericht hat nunmehr — ohne Rücksicht auf den Beschwerdewert — über die Kosten des gesamten Verfahrens zu entscheiden. Zwar bedarf es im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Regel keiner Kostenentscheidung hinsichtlich der Gerichtskosten, da sich bereits aus der Kostenordnung ergibt, ob und in welcher Höhe Gerichtskosten zu erheben sind und wer sie zu tragen hat. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur dann, wenn sich die Kostenfolge eindeutig aus der Art des Geschäfts oder der Entscheidung erkennen läßt, so daß der Kostenbeamte ohne weiteres in der Lage ist, die Kosten anzufordern. Ist dies nicht der Fall, z. B. weil sich die Hauptsache zwischenzeitlich erledigt hat, so muß auch eine Entscheidung über die Gerichtskosten für alle Rechtszüge ergehen, selbst wenn und soweit sie nur klarstellende Bedeutung hat (BayObLGZ 1963, 80/81 f.; 1968, 195/199; BayObLG JurBüro 1981, 104/105).

Allerdings sind hier Gerichtskosten nur für das (Erst-)Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht angefallen. Die Zwischenverfügung fällt nicht unter § 130 Abs. 1 KostO; das Erinnerungsverfahren vor dem Amtsgericht ist gleichfalls gerichtsgebührenfrei (§ 11 Abs. 6 Satz 1 RPflG).

Gerichtsgebührenfrei ist hier auch das Verfahren der weiteren Beschwerde (§ 131 Abs. 1 Satz 2 KostO), da ein Gebührentatbestand nach § 131 Abs. 1 Satz 1 KostO (Verwerfung, Zurückweisung oder Zurücknahme der Beschwerde) im Falle der Erledigung der Hauptsache nach Einlegung der weiteren Beschwerde nicht gegeben ist (BayObLG aaO). Dagegen hat der Beschluß des Landgerichts vom 3.4.1981 Gerichtskosten ausgelöst, weil durch ihn die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen worden ist (§ 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO).

2. Ob die Beteiligten die Gerichtskosten des Verfahrens vor dem Landgericht (endgültig) zu tragen haben, hängt davon ab, ob ihre weitere Beschwerde voraussichtlich Erfolg gehabt hätte, das heißt ob der die Gebühren für die zweite Instanz auslösende Beschluß des Landgerichts aufrechterhalten oder aufgehoben hätte werden müssen (BayObLG aaO).

3. Die Entscheidung des Landgerichts wäre voraussichtlich im Ergebnis aufrechtzuerhalten gewesen. Gegenstand der Überprüfung ist dabei nur die in der Zwischenverfügung enthaltene Beanstandung, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst.

a) Gemäß § 12 Abs. 1 WEG (i.V.m. § 1 Abs. 6 WEG) kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart (und gemäß § 10 Abs. 2 WEG im Grundbuch eingetragen) werden, daß ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Dies ist im vorliegenden Fall geschehen; gegen das Erfordernis der Zustimmung des Verwalters bestehen keine Bedenken (BayObLGZ 1980, 331/335 [= MittBayNot 1981, 27] m. Nachw.). Eine entsprechende Regelung in der Teilungserklärung oder in der Gemeinschaftsordnung steht einer Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG gleich (§ 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 WEG; BayObLGZ 1980, 154/158; 1981, 202/203 f. [Leitsatz in MittBayNot 1981, 31]).

Soweit demnach die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist, ist eine Veräußerung des Wohnungseigentums schwebend unwirksam, solange die Zustimmung nicht erteilt (oder nicht verweigert) ist (§ 12 Abs. 3 Satz 1 WEG; BayObLGZ 1980, 331/335 [= MittBayNot 1981, 27]; 1981, 202/204; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl. § 12 Rdnr. 41). Das Grundbuchamt hat von Amts wegen zu prüfen, ob zum Vollzug einer ein Wohnungs-(Teil-)Eigentum betreffenden Auflassung eine solche Zustimmung erforderlich ist (vgl. § 20 GBO; BayObLGZ 1975, 264/266 f. [= MittBayNot 1975, 223]; 1976, 328/330 [= MittBayNot 1977, 16]; 1980, 331/335 [= MittBayNot 1981, 27] m. Nachw.). Ist dies der Fall, so hat es bei Fehlen dieser Zustimmung in der Regel durch eine Zwischenverfügung auf deren Vorlage hinzuwirken.

b) Unter „Veräußerung" des Teileigentums ist dessen rechtsgeschäftliche Übertragung unter Lebenden (durch Auflassung und Eintragung; *Horber* GBO 15. Aufl. Anh. zu § 3 Anm. 3 A a) — im Gegensatz zur Belastung des Wohnungseigentums und zum Eigentumsübergang kraft Gesetzes — zu verstehen (BayObLGZ 1976, 328/330 m. Nachw.). Der Übergang des Teileigentums auf den Erben im Wege der Erbfolge (hier also von dem früheren Inhaber H. auf die Beteiligten) ist daher, da er außerhalb des Grundbuchs erfolgt und dort nur eine Berichtigung veranlaßt ist, keine zustimmungsbedürftige Veräußerung, desgleichen grundsätzlich (soweit keine Umgehung vorliegt) nicht die Übertragung eines Erbteils an einem Nachlaß, in dem sich ein Wohnungs-

oder Teileigentum befindet (OLG Hamm OLGZ 1979, 419/422 ff. = MittBayNot 1979, 180/181 f. im Anschluß an BayObLGZ 1967, 408/410 f. zu § 5 ErbbRVO).

Dies ist hier aber nicht gegeben. Vielmehr haben die Beteiligten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden das ihnen zur gesamten Hand (Erbengemeinschaft) zustehende Teileigentum dem Beteiligten zu 1) überlassen und an ihn aufgelassen.

aa) Geht man davon aus, was das Landgericht angenommen hat, daß der Vertrag vom 12.11.1980 als „Überlassungsvertrag" — etwa im Wege der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft — ein selbständiges, eine schuldrechtliche Verpflichtung und die Auflassung enthaltendes Rechtsgeschäft darstelle, so ist dieses als eine nach § 12 Abs. 1, 3 Satz 1 WEG zustimmungspflichtige Veräußerung anzusehen.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß der Beteiligte zu 1) als Erwerber des Teileigentums bereits (auf Grund der Erbfolge nach dem Erblasser H.) als Gesamthandseigentümer Mitglied der Teileigentümergemeinschaft war. Wenn auch durch eine Regelung nach § 12 Abs. 1 WEG die Wohnungs-(Teil-)Eigentümer in erster Linie in die Lage versetzt werden sollen, sich davor zu schützen, daß Wohnungs-(Teil-)Eigentum in die Hand eines persönlich oder finanziell Unzuverlässigen gerät (BGHZ 37, 203/208 [= DNotZ 1963, 180 m. Anm. *Weitnauer*]; BayObLGZ 1977, 40/42 [= MittBayNot 1977, 122]; 1980, 29/34; 1981, 202/203), so ist dies doch nicht das einzige Interesse der anderen Wohnungs-(Teil-)Eigentümer. Vielmehr werden sie auch dadurch betroffen, daß der Veräußerer als Verpflichteter zur Tragung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten ausscheidet und daß der Erwerber — je nach den Umständen des Einzelfalls — seine Rechtsstellung (insbesondere Stimmrecht usw.) hierdurch ausbauen kann (vgl. näher BayObLGZ 1977, 40/42). Durch die rechtsgeschäftliche Übertragung des Teileigentums auf den Beteiligten zu 1) wurde daher das Zustimmungserfordernis ausgelöst, auch wenn der Erwerber (als Miterbe) bereits der Wohnungseigentümergemeinschaft angehört hat (vgl. BayObLG aaO m. Nachw.; ferner OLG Celle Rpfleger 1974, 438; KG Rpfleger 1978, 382; *Bärmann/Pick/Merle* § 12 Rdnr. 2; *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 9, MünchKomm BGB Rdnr. 3, je zu § 12 WEG).

bb) Wäre der Vertrag vom 12.11.1980 als Erfüllung eines vom Erblasser im Wege der letztwilligen Verfügung begründeten schuldrechtlichen Anspruchs des Beteiligten zu 1) gegen die Erbengemeinschaft aus einem (Voraus-)Vermächtnis (§§ 2150, 2174 BGB) oder aus einer Teilungsanordnung (§ 2048 BGB und hierzu *Palandt* BGB 41. Aufl. § 2048 Anm. 2) anzusehen, zu der es lediglich der Auflassung bedurft hätte, so läge auch darin eine Veräußerung, zu der die Zustimmung des Verwalters erforderlich wäre. Die Beteiligten haben in der notariellen Urkunde vom 12.11.1980 (Abschnitt VII) ausdrücklich erklärt, daß die heutige „Überlassung" in Erfüllung der Teilungsanordnung des Erblassers H. vorgenommen werde (ein Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO für die Teilungsanordnung oder das Vermächtnis, von dem in der Erinnerung die Rede ist, war allerdings nicht vorgelegt worden).

Nach dem System des Erbrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Zuweisung eines bestimmten einzelnen Vermögensgegenstands mit dinglicher Wirkung vom Erblasser an einen der Miterben grundsätzlich nicht möglich (die bei Kollision mit anderen Rechtsgebieten, z. B. mit dem Gesellschaftsrecht, auftretenden Besonderheiten interessieren in diesem Zusammenhang nicht). Damit bedarf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder eines Wohnungs-(Teil-)Eigentums von der Erbengemeinschaft auf einen Miterben eines besonderen Rechtsgeschäfts (unter Lebenden), nämlich der Auflassung (vgl. BGHZ 21, 229/231 f.; *Palandt* § 2032 Anm. 1b, § 2042 Anm. 2 m. Nachw.).

Auch für die Erfüllung einer durch letztwillige Verfügung begründeten schuldrechtlichen Verpflichtung des Veräußerers gelten die oben angeführten Gründe für die Rechtfertigung der auf § 12 Abs. 1 WEG beruhenden Verfügungsbeschränkung des Veräußerers uneingeschränkt. Wenn der Veräußerer insoweit auch hinsichtlich der Person des Erwerbers keine Auswahlmöglichkeit hat, so kann doch auch hier ein Interesse der anderen Wohnungseigentümer daran bestehen, nicht unkontrolliert einen Dritten (Vermächtnisnehmer) in die Wohnungseigentümergemeinschaft aufnehmen zu lassen bzw. nicht eines der bisherigen Mitglieder der Eigentümergemeinschaft zu verlieren und hierdurch die Rechtsstellung eines anderen Mitglieds zu stärken. In die Testierfreiheit des Erblassers wird hierdurch nicht eingegriffen; gesetzliche Genehmigungserfordernisse oder dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen des Verpflichteten entfallen nicht dadurch, daß eine letztwillige Verfügung vorliegt. Auch die Auflassung eines Teileigentums in Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung bedarf daher — abgesehen von der Frage des Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO — der Zustimmung des Verwalters (ebenso *Bärmann/Pick/Merle* Rdnr. 11, MünchKomm Rdnr. 3, je zu § 12; a.A.LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1976, 27 f.; *Soergel* Rdnr. 2, *Palandt* Anm. 1b aa, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 2, je zu § 12).

cc) Inwieweit im Einzelfall trotz Vorliegens einer Veräußerung (Auflassung) dann, wenn der frühere Inhaber eines Wohnungs-(Teil-)Eigentums wieder (insbesondere nach rechtswirksamer Anfechtung des Kausalgeschäfts, nach Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts oder nach Vollzug der Wandelung des Kaufvertrags) im Grundbuch eingetragen werden soll, das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG seinem Sinn nach entfallen kann (vgl. hierzu BayObLGZ 1976, 328/330 f. [= MittBayNot 1977, 16]; *Soergel* Rdnr. 3, *Bärmann/Pick/Merle* Rdnr. 7, je zu § 12) bedarf keiner Vertiefung; denn ein solcher Fall ist mit dem hier zu entscheidenden nicht vergleichbar.

c) Den Beteiligten sind daher die Kosten des Erstbeschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Im übrigen ist das Verfahren, wie dargelegt, gebührenfrei.

---

7. WEG § 10 Abs. 2, § 14 Nr. 1, § 15 Abs. 1 *(Bedeutung der Zweckbestimmung eines Teileigentums als Geschäftsräume)*

1. Zum Vereinbarungscharakter der Bezeichnung eines Teileigentums (Teilerbbaurechts) in der Teilungserklärung als „Geschäftsräume".

2. Grundsätzliche Zulässigkeit des Betriebs eines Speiserestaurants in „Geschäftsräumen".

BayObLG, Beschluß vom 11. 1. 1982 — BReg. 2 Z 96/80 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten sind Wohnungs- und Teilerbbauberechtigte der aus zwei zusammengebauten, siebengeschossigen Häusern bestehenden Wohnanlage A.-Straße 10/11 in F. Diese ist laut Teilungserklärung vom 5. 9. 1966 aufgeteilt in 24 Wohnungen, 12 Garagen, ein Teilerbbaurecht „Gaststätte" im Haus Nr. 10 (Erdgeschoß), in dem der Antragsteller ein Restaurant betreibt, und ein der Antragsgegnerin

gehörendes Teilerbbaurecht „Geschäftsräume" im Erdgeschoß des Hauses Nr. 11.

In der Teilungserklärung ist das Teilerbbaurecht der Antragsgegnerin im einzelnen wie folgt bezeichnet:

„Teilerbbaurecht „Geschäftsräume"

Mitberechtigungsanteil von 95,04/1000
verbunden mit dem Sondereigentum an den im Gebäude A.-Straße 11 gelegenen Geschäftsräumen, mit einer Nutzfläche von 200 qm, nebst dazugehörigem Kelleranteil,
(im Aufteilungsplan als „Geschäftsräume" bezeichnet)."

In dem der Teilungserklärung beigefügten Aufteilungsplan wurde hinsichtlich dieses Teilerbbaurechts unter das im Kellerplan ursprünglich vorhandene Wort „Laden-Keller" noch vor Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt mit roter Schrift das Wort „Geschäftsräume-Keller" gesetzt; im Erdgeschoßplan sind die einzelnen Räume noch als „Laden", „Laden-Zimmer", „Garderobe" und „WC" bezeichnet, wurden aber ebenfalls nachträglich und noch vor Einreichung der Teilungserklärung und des Aufteilungsplans beim Grundbuchamt oben mit dem Wort „Geschäftsräume" überschrieben.

2. Seit Mitte 1979 ließ die Antragsgegnerin in die Sondereigentumsräume ihres Teilerbbaurechts, in denen sich zunächst Büros und zuletzt ein Auslieferungslager für Textilien befunden hatten, zu Gaststättenräumen umbauen. In der Eigentümerversammlung vom 10. 10. 1979 stimmte die Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Eigentümer gegen den Ausbau. Die Antragsgegnerin setzte den Umbau aber fort; dieser ist seit dem 8. 4. 1980 beendet. Seit dieser Zeit betreibt dort ein Pächter der Antragsgegnerin ein griechisches Speiserestaurant.

3. Noch während der Umbauarbeiten beantragten die Antragsteller mit Schriftsatz vom 21. 1. 1980 beim Amtsgericht, der Antragsgegnerin die Durchführung baulicher Veränderungen in ihrem Teilerbbaurecht sowie dessen Nutzung als Gaststätte zu untersagen.

Durch Beschluß vom 4. 2. 1980 wies das Amtsgericht diese Anträge als unbegründet ab (Nr. I). Die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Verfahrens wurden den Antragstellern auferlegt (Nr. II).

Die Antragsteller legten gegen den ihnen am 8. 2. 1980 zugestellten Beschluß unter Wiederholung ihrer bisherigen Anträge am 22. 2. 1980 sofortige Beschwerde ein. Im Hinblick auf die Beendigung der Umbauarbeiten erklärten die Antragsteller dann mit Schriftsatz vom 18. 8. 1980 — ohne Widerspruch der Antragsgegnerin — die Hauptsache hinsichtlich des Antrags auf Untersagung baulicher Maßnahmen für erledigt. Sie beantragten sodann u. a., die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Nutzung ihres Teilerbbaurechts „Geschäftsräume" als Gaststätte zu unterlassen.

Gegen den weitgehend dem Antrag entsprechenden landgerichtlichen Beschluß hat die Antragsgegnerin sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im wesentlichen nicht stand.

a) Nach § 13 Abs. 1, § 1 Abs. 6 WEG kann jeder Wohnungs- oder Teileigentümer (oder Wohnungs- oder Teilerbbauberechtigte; § 30 Abs. 3 Satz 2 WEG), soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit den im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben verfahren, insbesondere diese vermieten, verpachten oder in sonstiger Weise nutzen, und andere von Einwirkungen ausschließen.

Allerdings ist gemäß § 14 Nr. 1 WEG jeder dieser Eigentümer verpflichtet, von den genannten Gebäudeteilen nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, daß dadurch keinem der anderen Wohnungs- oder Teileigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Er hat auch dafür zu sorgen, daß jeder, dem er das Sondereigentum überläßt, diese Pflicht einhält (§14 Nr. 2 WEG).

Nach § 15 Abs. 1, § 1 Abs. 6 WEG können die Wohnungs- und Teileigentümer den Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarung regeln. Jeder dieser Eigentümer kann einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile verlangen, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit sich die Regelung hieraus nicht ergibt, dem Interesse der Gesamtheit der Eigentümer nach billigem Ermessen entspricht (§ 15 Abs. 3 WEG). Soweit eine Vereinbarung getroffen ist, geht sie — abgesehen von nicht mehr anfechtbaren, rechtswirksamen Eigentümerbeschlüssen — vor und bindet die Eigentümer (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 2 WEG; BGHZ 37, 203/207; BayObIGZ 1971, 273/276; 1972, 150/155; 1978, 214/216 [= MittBayNot 1978, 212]; 1980, 154/158). Dabei stehen Regelungen in der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung einer Vereinbarung gleich (§ 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 WEG; BayObLGZ 1971, 273/276; 1978, 214/216; 1980, 154/158; OLG Hamm OLGZ 1978, 10/12).

Da die Beschreibung des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin in der Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan gemäß § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sondereigentums ins Grundbuch eingetragen ist, unterliegt sie wie alle Grundbucheintragungen und dort zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen der selbständigen Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht (BGHZ 37, 147/148 f.; 59, 205/208 f. [= DNotZ 1973, 20]; BayObLGZ 1977, 226/230; 1978, 214/217; 1980, 154/158). Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie sich dieser für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug genommenen ergibt (BGHZ 59, 205/209; BayObLG aaO).

b) Gegen die Ansicht des Landgerichts, daß den Bezeichnungen des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin in der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan Vereinbarungscharakter — mit rechtsgestaltender Wirkung für alle Zukunft und Abänderbarkeit nur mit allseitiger Zustimmung — zukomme, bestehen insbesondere angesichts der mehrmaligen ausdrücklichen und betonten Hervorhebung der Zweckbestimmung in diesen Urkunden keine Bedenken (vgl. BayObLGZ 1975, 201/204; 1978, 214/217 [= MittBayNot 1978, 212]; 1980, 154/158 f.; BayObLG MittBayNot 1981, 29/30; OLG Hamm OLGZ 1978, 10/12 f.; OLG Frankfurt OLGZ 1981, 156/158 f.; AG Passau Rpfleger 1980, 23; LG Bielefeld Rpfleger 1981, 355/256, mit krit. Anm. *Röll; Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl. § 13 Rdnr. 50; *Palandt* BGB 41. Aufl. § 15 WEG Anm. 1 d, 2 a). Hiervon gehen übereinstimmend auch die Beteiligten aus.

Zu den kritischen Äußerungen im Schrifttum *(Meier-Kraut* MittBayNot 1979, 169; *Röll* Rpfleger 1981, 50, 356; WEM 1981, Heft 1, 48/50; *Schmidt* MittBayNot 1981, 12) zu der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (s. o.), wonach der Bezeichnung eines Teileigentums in der Teilungserklärung als „Laden" im allgemeinen eine entsprechende Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter zu entnehmen ist (zustimmend *Gerauer* Rpfleger 1980, 330; 1981, 51; *Bärmann/Pick/Merle, Palandt,* je aaO), bedarf es im Hinblick auf die hier im Vordergrund stehende allgemeine Bezeichnung „Geschäftsräume" keiner abschließenden Stellungnahme. Es sei lediglich bemerkt, daß die Beteiligten bei Verneinung des Vereinbarungscharakters und bei Abgrenzung der zulässigen Nutzungen nur nach dem Charakter der Wohnanlage und nach § 14 Nrn. 1, 2 WEG — abgesehen von den dann entstehenden erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten — nicht genügend geschützt wären. Ist ein Teileigentum in der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung als „Laden" bezeichnet, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung des im Grundbuch Eingetragenen oder dort in Bezug Genommenen nicht, daß es sich dabei nur um ein zufällig gewähltes Wort ohne Inhalt und ohne rechtliche Bedeutung handle. Vielmehr ist nächstliegend, daß die Bezeichnung eine Zweckbestimmung darstellt, auf die sich der einzelne Bewerber von

Wohnungseigentum oder Teileigentum verlassen kann, jedenfalls insoweit, als keine Nutzung zugelassen wird, die mehr als ein Laden stört oder sonst beeinträchtigt. Ob die Verfasser einer Teilungserklärung ihre Worte nur zufällig gewählt oder etwas anderes gewollt haben, ist dabei unerheblich, da es bei Grundbucheintragungen und dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen hierauf nicht ankommt (s. oben a). Eine strenge Scheidung zwischen Teilungserklärung, Aufteilungsplan und Gemeinschaftsordnung dahin, daß Regelungen mit Vereinbarungscharakter nur in dieser enthalten sein dürften und ihrem Wesen nach eigentlich in die Gemeinschaftsordnung gehörende Bestimmungen — z. B. Nutzungsregelungen — in der Teilungserklärung oder dem Aufteilungsplan als unwirksam zu erachten wären, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen; eine — an sich wünschenswerte — scharfe Trennung der einzelnen Teile der entsprechenden Grundbucherklärungen wird in der Praxis vielfach auch nicht vorgenommen.

c) Der Auffassung des Landgerichts, daß bei richtiger Auslegung der Teilungserklärung in Verbindung mit dem in ihr und in der Eintragungsbewilligung in Bezug genommenen Aufteilungsplan der Betrieb einer Gaststätte in den Sondereigentumsräumen des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin nicht zulässig sei, kann indes nicht beigetreten werden.

aa) Zutreffend geht das Landgericht zunächst davon aus, daß es sich bei dem Begriff „Geschäftsräume" um einen auch Gaststätten umfassenden Oberbegriff handelt (BayObLGZ 1978, 214/218; 1980, 154/159; BayObLG MitBayNot 1981, 29/30; OLG Hamm OLGZ 1978, 10/13; *Palandt* Einf. vor § 535 Anm. 7 a; vgl. auch § 31 GaststättenG). Auch die Antragsteller stellen das an sich nicht in Frage. Entgegen der Meinung des Landgerichts und der Antragsteller kann aber hier dem im Grundbuch Eingetragenen oder in Bezug Genommenen nicht als nächstliegende Bedeutung entnommen werden, daß im Sondereigentum der Antragsgegnerin gleichwohl nur Läden und nicht auch eine Gaststätte betrieben werden dürften.

bb) Die ausdrückliche Bezeichnung des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin in der Teilungserklärung als „Geschäftsräume" mit dem zusätzlichen Vermerk „im Aufteilungsplan als ‚Geschäftsräume' bezeichnet" spricht entschieden dafür, daß hinsichtlich der Nutzung insoweit alle gewerblichen Möglichkeiten offengehalten werden sollten. Hierauf deutet auch der Umstand hin, daß in dem als Aufteilungsplan eingereichten Bauplan erkennbar nachträglich unter das Wort „Laden-Keller" in auffälliger roter Schrift das Wort „Geschäftsräume-Keller" gesetzt wurde und die Bezeichnungen der Erdgeschoßräume als „Laden", „Laden-Zimmer" oben mit dem Wort „Geschäftsräume" überschrieben wurden.

Für den unbefangenen Betrachter gehen die Bezeichnung „Geschäftsräume" und der Vermerk „im Aufteilungsplan als ‚Geschäftsräume' bezeichnet" in der Teilungserklärung sowie die Worte „Geschäftsräume-Keller" und „Geschäftsräume" im Aufteilungsplan gegenüber den dort noch verbliebenen restlichen Bezeichnungen vor, dergestalt, daß die Zweckbestimmung „Geschäftsräume" maßgebend ist und die im Aufteilungsplan noch belassenen Angaben „Laden-Keller", „Laden" und „Laden-Zimmer" nur beispielhaft eine der Nutzungsmöglichkeiten aufzeigen. Dies ist um so mehr anzunehmen, als der Aufteilungsplan ohnehin nicht den Zweck hat, Nutzungsbeschränkungen vorzuschreiben. Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG ist der Eintragungsbewilligung bei Begründung des Wohnungs- oder Teileigentums (Wohnungs- oder Teilerbbaurechts) eine von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehene Bauzeichnung beizufügen, aus der die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich ist (Aufteilungsplan). Hierdurch soll lediglich sichergestellt werden, daß das Sondereigentum auf die dafür vorgesehenen und geeigneten Räume beschränkt bleibt und die Grenzen des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums klar abgesteckt werden (BayObLGZ 1967, 25/31; 1973, 267 f.; 1980, 226/229 [= MittBayNot 1980. 162]; 1981 Nr. 51 = Senatsbeschluß vom 1. 10. 1981 BReg. 2 Z 84/80 [= MittBayNot 1982, 28]; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 380/381; OLG Stuttgart MittBayNot 1981, 132/133).

cc) Auch ein Umkehrschluß aus der Tatsache, daß ein anderes Teilerbbaurecht der Wohnanlage in der Teilungserklärung und dem insoweit vollständig überklebten Aufteilungsplan (vorher dort als „Laden" eingezeichnet) ausdrücklich als „Gaststätte" bezeichnet ist, dahin, daß im Sondereigentum der Antragsgegnerin eine solche nicht betrieben werden dürfe, ist für einen unbefangenen Betrachter weder zwingend noch nächstliegend, und zwar auch nicht im Zusammenhang mit den genannten belassenen Bezeichnungen im Aufteilungsplan hinsichtlich des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin.

Denn bei der Auslegung der Zweckbestimmung des Teilerbbaurechts der Antragsgegnerin als „Geschäftsräume" steht zunächst im Vordergrund, daß es sich dabei um einen umfassenden Oberbegriff handelt, unter den ein unbefangener Betrachter ohne weiteres auch die Möglichkeit einer Verwendung als Gaststätte einordnet. Warum das andere Teilerbbaurecht von vornherein als „Gaststätte" bezeichnet wurde, ist aus den Grundbucherklärungen nicht zu ersehen, ebenso auch nicht, daß in dem Teilerbbaurecht „Geschäftsräume" etwa aus Konkurrenzschutzgründen oder zum Schutz der Wohnungsinhaber unter keinen Umständen eine Gaststätte betrieben werden dürfe. Eine Konkurrenzklausel hätte ihren Platz in der Gemeinschaftsordnung gehabt, wurde aber in diese nicht aufgenommen. Für einen unbefangenen Betrachter, so auch für Erwerber des Teilerbbaurechts „Geschäftsräume", lag und liegt es nahe, diesen Begriff seinem umfassenden Gehalt nach wörtlich zu nehmen. Dagegen drängt es sich nicht auf, aus der Bezeichnung des benachbarten Teilerbbaurechts „Gaststätte" einen unsicheren Umkehrschluß zu ziehen. Jedenfalls hätte es, wie das Amtsgericht zutreffend dargelegt hat, in der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung klargestellt werden müssen, wenn in den Räumen des Teilerbbaurechts „Geschäftsräume" der Betrieb einer Gaststätte hätte verboten sein sollen.

B.
Handelsrecht einschließlich Registerrecht

8. HGB § 125; BGB § 181 (*Zur Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bei Personenhandelsgesellschaften*)

Auch beim persönlich haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft kann die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) in das Handelsregister eingetragen werden.
(Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluß vom 2.2.1982 — 2 HK T 4535/81 — mitgeteilt von Notar *Dr. Werner Schmidt*, Friedberg

Aus dem Tatbestand:

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat die Eintragung der Befreiung [der persönlich haftenden Gesellschafterin] von den Beschränkungen des § 181 BGB ins Handelsregister mit dem angefochtenen Beschluß abgelehnt. Der die Anmeldung beurkundende Notar hat hiergegen Erinnerung eingelegt, denen der Registerrichter nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die im Zweifel namens der anmeldenden Gesellschafter eingelegte Beschwerde (§ 129 FGG) ist zulässig (§§ 11 Abs. 2 RPflG 19, 20, 21 FGG). Sie ist auch sachlich begründet. Die beantragte Eintragung gehört zu den eintragungsfähigen Rechtsverhältnissen. Die in der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts für den Fall des GmbH-Geschäftsführers (BayObLGZ 1979 1982 [= MittBayNot 1979, 119]; 1980, 209, 215 [= MittBayNot 1980, 170 m. Anm. *Rausch*]; 1981, 132, 137 [= DNotZ 1981, 699]) und des Prokuristen (BayObLGZ 1980, 195 [= MittBayNot 1980, 215]) angegebenen Gründe rechtfertigen nach der Meinung der Kammer auch beim vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Personengesellschaft die Eintragung der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens.

Die gesetzliche Vertretungsmacht des persönlich haftenden Gesellschafters unterliegt wie jede gesetzliche oder vertragliche Vertretung dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB). Die Befreiung hiervon erweitert die Vertretungsmacht. Sie gehört zum Inhalt der Vertretungsmacht und ist keine daneben erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht (BayObLGZ 1979, 182, 186; 1980, 195, 200). Sie ist deshalb eintragungsfähig. Die Tatsache, daß das Gesetz die Eintragung des Umfanges der Vertretungsmacht nur für die Fälle vorschreibt, in denen der Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht abweichend von der gesetzlichen Regel beschränkt (§ 125 Abs. 4 HGB), steht nicht entgegen. Einzutragen ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, was Sinn und Zweck des Handelsregisters, insbesondere die Sicherung des Verkehrs erfordern (*Baumbach-Duden*, HGB, 24. Aufl., § 8 Anm. 3; *Keidel-Kuntze-Winkler*, FGG, 11. Aufl., § 127 Rz. 4; *Keidel-Schmatz-Stöber*, Registerrecht, 3. Aufl., Rz. 27, FN. 84, S. 12; BayObLGZ 1971, 55, 58 [= DNotz 1971, 234] hinsichtlich der einem Prokuristen erteilten Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken; 1979, 182, 185 f. [= MittBayNot 1979, 119] hinsichtlich der Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Verbot des Selbstkontrahierens). Die Eintragung der allgemeinen Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens dient der Sicherung des Handelsverkehrs und kann dem Geschäftspartner und Gläubiger der Gesellschaft wesentliche Aufschlüsse vermitteln (BayObLGZ 1979, 182, 185 hinsichtlich des GmbH-Geschäftsführers; 1980, 195, 201 hinsichtlich des Prokuristen). Dadurch, daß das Gesetz es ermöglicht, daß die Vertretungsmacht eines Gesellschafters über ihren Norminhalt hinaus weitere Befugnisse umfaßt, die für den Verkehr wesentlich sind (§ 181 BGB), ermöglicht es auch die Eintragungsfähigkeit dieser Befugnisse, denn die Vertretungsmacht soll zum Schutz des Handelsverkehrs so eingetragen werden, wie sie besteht.

Der angefochtene Beschluß ist deshalb auf die Beschwerde hin aufzuheben. Da keine weiteren Eintragungshindernisse ersichtlich sind, insbesondere in der gemeinsamen Anmeldung auch das notwendige Einverständnis des Mitgesellschafters enthalten ist, ist das Amtsgericht anzuweisen, einzutragen, daß die persönlich haftende Gesellschafterin befugt ist, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst uneingeschränkt zu vertreten.

---

9. GmbH § 8 Abs. 1 Nr. 6; Handwerksordnung §§ 1, 7 Abs. 4 (*Zur Eintragung einer GmbH zum Betrieb eines Handwerks*)

1. Die Eintragung einer GmbH in die Handwerksrolle ist keine staatliche Genehmigung i.S. des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG.

2. Eine GmbH, deren statutarischer Unternehmensgegenstand u.a. auf den Betrieb eines Handwerks gerichtet ist, kann in das Handelsregister eingetragen werden, ohne daß sie eine Bescheinigung der Handwerkskammer vorlegt, nach welcher gegen die Eintragung der künftigen GmbH in die Handwerksrolle keine Bedenken bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein Geschäftsführer der GmbH die Meisterprüfung in einem Handwerk bestanden hat, das Unternehmensgegenstand ist, und wenn sich die handwerkliche Betätigungsabsicht der Gesellschaft noch nicht konkretisiert hat.

BayObLG, Beschluß vom 18.3.1982 — BReg. 1 Z 145/81 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der Glasermeister N. R. und seine Ehefrau sind die einzigen Gesellschafter der von ihnen zu notarieller Urkunde unter der Firma „R. Glas-Handels- und Verarbeitungs-Gesellschaft M. m.b.H." mit dem Sitz in M. gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die beiden Gesellschafter sind zu — je alleinvertretungsberechtigten — Geschäftsführern der Gesellschaft bestellt.

Der Unternehmensgegenstand ist in § 2 der als Anlage zum Gesellschaftsvertrag beigefügten Satzung wie folgt beschrieben:

„1. Gegenstand des Unternehmens sind die Be- und Verarbeitung, insbesondere Veredelung von Glas sowie der Handel mit diesen Produkten.

2. Die Gesellschaft kann sich an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen beteiligen, deren Vertretung und Geschäftsführung übernehmen und Zweigniederlassungen errichten."

Am 12. 3. 1981 meldeten die beiden Geschäftsführer in notariell beglaubigter Form beim Amtsgericht — Registergericht — die Gesellschaft und sich als Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister an.

2. Die Industrie- und Handelskammer, der das Registergericht die Anmeldung gemäß § 126 FGG zuleitete, erhob am 1. 10. 1981 nach Einholung einer Stellungnahme der Handwerkskammer mit dieser „Bedenken im Hinblick auf § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG", da Gegenstand des Unternehmens u. a. die Ausübung des Glaserhandwerks sei, insoweit die Eintragung in die Handwerksrolle nicht bestehe und gegenwärtig auch nicht herbeigeführt werden könne.

Mit Verfügung vom 5. 10. 1981 teilte das Amtsgericht — Registergericht — der Industrie- und Handelskammer mit, es beabsichtige, die Anmeldung vom 12. 3. 1981 durch Eintragung in das Handelsregister zu vollziehen.

Gegen diese Verfügung legten die Industrie- und Handelskammer und die Handwerkskammer Beschwerde ein. Sie vertraten die Ansicht, die Eintragung in die Handwerksrolle stelle eine staatliche Genehmigung im Sinn des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG dar; eine GmbH könne also ganz allgemein nicht in das Handelsregister eingetragen werden, solange die handwerksrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

Das Landgericht wies die Beschwerden, denen das Amtsgericht nicht abgeholfen hatte, durch Beschluß vom 16. 11. 1981 zurück.

Gegen diesen Beschluß richten sich die weiteren Beschwerden der Industrie- und Handelskammer und der Handwerkskammer.

Aus den Gründen:

1. Die Rechtsmittel können in der Sache keinen Erfolg haben.

a) Das Landgericht hat die (Zwischen-)Verfügung des Registergerichts vom 5. 10. 1981 zutreffend als eine beschwerdefähige Verfügung (§ 19 FGG) angesehen. Denn mit ihr hat

der Registerrichter den Gegenantrag, den die Industrie- und Handelskammer sowie die Handwerkskammer zu dem Eintragungsantrag (Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister) einvernehmlich gestellt hatten, abgelehnt; ein solcher Gegenantrag liegt schon dann vor, wenn sich die Industrie- und Handelskammer oder die Handwerkskammer — wie hier — auf Veranlassung des Registergerichts gegen die Zulässigkeit eines Eintragungsantrags ausgesprochen haben (Senatsbeschluß vom 1. 12. 1981 — BReg. 1 Z 74/81 [= MittBayNot 1982, 34]; BayObLG JFG 6, 225/227; KG JFG 23, 303/304; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnrn. 23, 24, *Jansen* Rdnr. 12, je zu § 126 FGG).

b) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens in beiden Instanzen ist nur das im Gegenantrag der Industrie- und Handelskammer einvernehmlich mit der Handwerkskammer angenommene, vom Registergericht aber verneinte Eintragungshindernis (vgl. § 26 Satz 2 HRV), nicht die Entscheidung über den übrigen Inhalt der Anmeldung und über diese selbst (vgl. BayObLGZ 1974, 479/481; 1978, 182/183 [= MittBayNot 1978, 162]; 1979, 458/459 sowie der genannte Senatsbeschluß). Demnach ist hier nur über die streitige Frage zu befinden, ob der Eintragung der angemeldeten Gesellschaft in das Handelsregister die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG entgegensteht, wie im Gegenantrag vom 30. 9. 1981 angenommen worden ist.

c) Die Entscheidungen der Vorinstanzen, nach denen hier der Anmeldung keine die Eintragung der Gesellschaft in die Handwerksrolle betreffende Genehmigungsurkunde beigefügt werden muß (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG), können — jedenfalls im Ergebnis — aus Rechtsgründen (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht beanstandet werden.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat in seinem Beschluß vom 10.12.1979 (Die Justiz 1979, 48 = GewA 1980, 232 [= MittBayNot 1980, 173]) die Auffassung vertreten, daß die Eintragung einer GmbH in die Handwerksrolle nicht eine staatliche Genehmigung i.S. des § 8 Abs. 1 Nr. 4 (jetzt Nr. 6) GmbHG darstellt und deshalb eine GmbH, die ein Handwerk zu betreiben beabsichtigt, in das Handelsregister eingetragen werden kann, ohne daß die vorgängige Eintragung in die Handwerksrolle notwendig ist (ebenso: *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 3. Aufl. Nachtrag aus Anlaß der Neuerungen zum 1. 1. 1981 Rdnr. N 731 a.E.; *Jansen* § 125 FGG Rdnr. 26).

Der Senat sieht keinen Grund, von dieser auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Oberlandesgericht Stuttgart abzuweichen und die Sache gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.

§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, wonach der Anmeldung einer GmbH die Genehmigungsurkunde beigefügt werden muß, wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 7 (i.V.m. § 6 Abs. 1) HGB, der bestimmt, daß durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, nach welchen die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt wird (BayObLGZ 1976, 12/13 [= MittBayNot 1976, 31]; OLG Braunschweig Rpfleger 1970, 363/364; *Hachenburg* GmbHG 7. Aufl. § 8 Rdnr. 11). Ausnahmevorschriften sind im allgemeinen — in den Grenzen ihrer Zweckbestimmung — eng auszulegen und zu einer analogen Anwendung nicht geeignet (BGHZ 26, 78/83; OLG Braunschweig aaO; *Palandt* BGB 41. Aufl. Einl. VI 3 d gg).

Durch § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG soll verhütet werden, daß eine GmbH entsteht oder eine bereits bestehende den Gegenstand des Unternehmens im Wege der Satzungsänderung erweitert, bevor die staatliche Genehmigung vorliegt, deren die Gesellschaft bedarf, um ihren Zweck zu erreichen (BayObLG 1976, 12/13 [= MittBayNot 1976, 31]; Senatsbeschluß vom 31. 7. 1978 — BReg. 1 Z 82/78 [= MittBayNot 1978, 235]; KG RJA 17, 107; *Hachenburg* aaO; *Vogel* GmbHG 2. Aufl. § 8 Anm. 5). Ausgehend von diesem Gesetzeszweck erweist es sich jedenfalls als unmöglich und daher vom Gesetz nicht gewollt, die Entstehung einer GmbH, die einen Handwerksbetrieb beginnen will (§ 1 Abs. 1, 2 HandwO), durch Eintragung in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) von der vorherigen Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle (§ 6 Abs. 1 HandwO) abhängig zu machen. Vorzulegende Genehmigungsurkunde i.S. des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG wäre in diesem Fall die Handwerkskarte (§ 10 Abs. 2 Satz 1, vgl. § 16 Abs. 1 HandwO), durch welche die Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle bescheinigt wird. Die Vorlage einer Handwerkskarte wäre aber erst möglich, wenn die GmbH durch Eintragung in das Handelsregister als juristische Person entstanden (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und als solche (§ 7 Abs. 4 HandwO) in die Handwerksrolle eingetragen worden ist; eine Gründungsgesellschaft kann — was auch die Rechtsbeschwerden nicht in Frage stellen — in die Handwerksrolle nicht eingetragen werden (OLG Stuttgart aaO; OLG Oldenburg GewO 1968, 132; LG Regensburg BB 1972, 853; *Ebner* GewA 1975, 41/47 f.; *Eyermann/Fröhler/Honig* HandwO 3. Aufl. § 7 Rdnr. 11; *Scholz* GmbHG 6. Aufl. Rdnr. 5, *Hachenburg* Rdnr. 12, je zu § 8 GmbHG; a.A.: AG Göppingen DNotZ 1974, 227 f.; AG Osnabrück GewA 1968, 232; AG Fürth DNotZ 1974, 166 f.; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 5. Aufl. S. 25; *Ebner* GewA 1980, 209/211 bei Fn. 13).

Zudem regelt § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG nur den Fall, daß der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf. Die Eintragung in die Handwerksrolle ist dagegen nur Voraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe (§ 1 Abs. 1 HandwO). Die Eintragung in die Handwerksrolle betrifft somit nur den handwerklichen Betrieb, den das betreffende Unternehmen später tatsächlich ausüben will oder ausübt (OLG Stuttgart aaO; *Ebner* GewA 1980, 209/211).

Während eine gewerbliche Erlaubnis oder ein Negativzeugnis grundsätzlich auch schon einer erst in der Entstehung begriffenen künftigen GmbH erteilt werden kann (vgl. BayObLGZ GewA 1980, 226; *Ebner* GewA 1980, 209 f.), ist der selbständige Betrieb eines Handwerks erst mit der Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle mit konstitutiver Wirkung kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 1 HandwO) gestattet. Die Eintragung in die Handwerksrolle und die Handwerkskarte haben nur Ausweisfunktionen; sie lassen die materielle Berechtigung zum Betrieb eines Handwerkstragung (§§ 7 bis 9 HandwO) unberührt und begründen — anders als eine staatliche Genehmigung — für sich genommen keine Rechte (HessVGH GewA 1966, 86; *Eyermann/Fröhler/Honig* § 10 Rdnrn. 5, 9, § 6 Rdnr. 2 HandwO). Auch deshalb ist es nicht angebracht, die Eintragung in die Handwerksrolle, die für sich allein kein begünstigender Verwaltungsakt, sondern nur eine Registereintragung ist (HessVGH aaO), der materiell richtig oder falsch sein kann, einer staatlichen Genehmigung i.S. des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG gleichzustellen.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 15.7.1960 (NJW 1960, 1830) die Eintragung in die Handwerksrolle als eine besondere Genehmigung i.S. des

§ 15 Abs. 1 GewO angesehen hat, so ändert dies an der dargelegten Auffassung schon deshalb nichts, weil sowohl § 1 HandwO als auch § 15 Abs. 2 GewO (nunmehr für das Handwerk: § 16 Abs. 3 Satz 1 HandwO) auf den Beginn und die tatsächliche Ausübung handwerklicher oder gewerblicher Tätigkeiten abstellen (vgl. *Ebner* aaO S. 211), während nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG der statutarische Unternehmensgegenstand entscheidend ist.

Kann sonach von der Gründungsgesellschaft der Nachweis einer bereits erfolgten Eintragung in die Handwerksrolle nicht verlangt werden, so stellt sich die Frage, ob an seine Stelle der Nachweis tritt, daß die Voraussetzungen für eine Eintragung der (künftigen) GmbH in die Handwerksrolle vorliegen und von seiten der Handwerkskammer insoweit keine Bedenken bestehen. Auch ein solcher Vorbescheid, gleich in welcher Form (vgl. *Ebner* GewA 1975, 41 ff./47 und GewA 1980, 209 ff.; *Oetzel* GewA 1975, 292/293; *Hachenburg* § 8 GmbHG Rdnr. 14), kann aber aus den oben dargelegten Gründen nicht einer staatlichen Genehmigung i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG gleichgestellt und daher nicht als notwendiger Inhalt der Anmeldung (§ 8 Abs. 1 GmbHG) vom Registergericht schlechthin verlangt werden.

Das bedeutet allerdings nicht, daß das Registergericht die von der Handwerkskammer in der Stellungnahme nach § 126 FGG geäußerten Bedenken hinsichtlich einer künftigen Handwerksrollen-Eintragung einer angemeldeten Gesellschaft nicht zu berücksichtigen bräuchte. Ergäbe sich etwa aus dieser Stellungnahme, daß die Erreichung des Gesellschaftszwecks wegen einer nicht behebbaren Aussichtslosigkeit auf eine für die Zweckerreichung notwendige Eintragung in die Handwerksrolle unmöglich wäre und deshalb die Gesellschaft im Falle ihrer Eintragung alsbald aufgelöst (§§ 61, 62 GmbHG) und im Handelsregister gelöscht würde (§ 65 GmbHG, §§ 14, 31 Abs. 2 HGB, § 141 FGG), so könnte das Registergericht unter Umständen die Eintragung der Gesellschaft entsprechend § 9c GmbHG ablehnen (vgl. *Baumbach/Duden* HGB 24. Aufl. § 7 Anm. B; *Scholz* GmbHG § 1 Rdnr. 13 a. E. und § 9c n. F. Rdnr. 2). Diese Frage bedarf jedoch hier keiner Vertiefung.

Das Landgericht hat nämlich ohne Rechtsfehler ausgeführt, daß die angemeldete Gesellschaft durchaus die Möglichkeit hat, ihre Eintragung in die Handwerksrolle zu erreichen, weil ihr Gesellschafter und Geschäftsführer N. R. selbst Glasermeister ist. Ist ein Geschäftsführer einer GmbH Handwerksmeister eines Handwerks, das statutarischer Gegenstand des Unternehmens ist, so darf das Registergericht grundsätzlich davon ausgehen, daß die GmbH in die Handwerksrolle eingetragen werden wird, sobald sie diesen Unternehmensgegenstand durch den Beginn eines selbständigen Handwerksbetriebs als stehendes Gewerbe (§ 1 Abs. 1, 2 HandwO) verwirklichen will. Wenn der Betriebsleiter Handwerksmeister in dem betreffenden oder in einem diesem verwandten Handwerk ist, so besteht ein Rechtsanspruch auf Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle (§ 7 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 HandwO; *Eyermann/Fröhler/Honig* § 7 Rdnr. 4). Daran ändert hier auch der Umstand nichts, daß zur Zeit noch nicht ersichtlich ist, ob und wo das Unternehmen handwerklich tätig werden soll. Der statutarische Sitz der Gesellschaft ist zwar in M. Das bedeutet aber nicht, daß dort außer der Verwaltung auch ein von der Gesellschaft etwa beabsichtigter Handwerksbetrieb liegen müßte. Dieser könnte sich auch im Zuständigkeitsbereich einer anderen Handwerkskammer (§ 90 Abs. 2, § 91 Abs. 1 Nr. 3, § 6 Abs. 1 HandwO), etwa am bisherigen Wohnsitz der beiden Gesellschafter, befinden oder dort begonnen werden. Dessen ungeachtet müßte die Gesellschaft nicht alle in die Satzung u. a. aufgenommenen Unternehmensgegenstände sogleich verwirklichen. Plant sie den Beginn eines im Rahmen des statuarischen Unternehmensgegenstandes vorgesehenen Handwerksbetriebs erst für später, so kann schon aus diesem Grund die Eintragung der GmbH nicht von der Vorlage eines Nachweises abhängig gemacht werden, wonach gegen die künftige Eintragung der GmbH in die Handwerksrolle keine Bedenken bestünden. Es kann nicht verlangt werden, daß eine Gesellschaft schon mit ihrer Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister für alle nach dem statuarischen Unternehmensgegenstand etwa in Betracht kommenden Tätigkeiten staatliche Genehmigungen oder entsprechende Vorbescheide vorlegt. Genehmigungsurkunden müssen grundsätzlich nur für solche Unternehmensgegenstände vorgelegt werden, bei denen sich die mit der Eintragung bezweckte Betätigungsabsicht schon in irgendeiner Form konkretisiert hat; dies ist in aller Regel auch nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen Voraussetzung für die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis oder für die Eintragung eines Betriebs in die Handwerksrolle (vgl. *Eyermann/Fröhler/Honig* § 6 HandwO Rdnr. 3; *Fröhler/Kormann* Kommentar zur Gewerbeordnung § 1 Rdnr. 44 bis 47). Für rein programmatische Betätigungsabsichten der Gesellschaft kann noch keine Genehmigungsurkunde, noch weniger eine Bescheinigung über die Unbedenklichkeit einer künftigen Eintragung in die Handwerksrolle erteilt und vom Registergericht verlangt werden, zumal dafür außer den persönlichen Voraussetzungen der §§ 7 bis 9 HandwO auch die konkrete Tätigkeit eines handwerksmäßig betriebenen stehenden Gewerbes (§ 1 Abs. 1, 2 HandwO) maßgebend ist (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 22/23; LG München I MittBayNot 1981, 146; *Ebner* GewA 1980, 209/211 f.). Im übrigen ist hier auch noch nicht ersichtlich, ob die Gesellschaft, deren künftige „Geschäftsräume" nach den Angaben in der Anmeldung im Industriegelände von M. liegen sollen, die Tätigkeit der Be- und Verarbeitung sowie der Veredelung von Glas handwerksmäßig oder aber industriell betreiben will; in letzterem Fall wäre eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht erforderlich (vgl. *Eyermann/Fröhler/Honig* § 1 HandwO Rdnrn. 11 ff.).

Eine andere — hier jedoch nicht zu entscheidende — Frage ist es allerdings, ob die Gesellschaft einen Unternehmensgegenstand, den sie erst später zu verwirklichen beabsichtigt, schon von vornherein als Firmenbestandteil (§ 17 Abs. 1 HGB, § 4 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) führen darf oder ob dies zur Täuschung (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB) geeignet ist.

2. Die weiteren Beschwerden sind sonach unbegründet und zurückzuweisen.

---

10. GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 3, § 8 Abs. 3 Satz 1, § 9c (*Zur Versicherung des GmbH-Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 GmbHG*)

Zum Zweck und Inhalt der Versicherung des Geschäftsführers über das Nichtvorhandensein von Umständen, die seine Eignung als Geschäftsführer ausschließen, sowie zur Prüfung der Ausschlußtatbestände durch das Registergericht.

BayObLG, Beschluß vom 10.12.1981 — BReg. 1 Z 184/81 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Anmelder errichteten zu notarieller Urkunde vom 6.2.1981 eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. § 2 des Gesellschaftsvertrages lautet:

„Der Gegenstand des Unternehmens ist die Montage von Dämmstoffen.

Die Gesellschaft ist auch berechtigt, sich an ähnlichen Unternehmungen zu beteiligen, ähnliche oder andere Unternehmen zu erwerben, zu gründen, zu mieten bzw. zu pachten oder in sonstiger Weise zu übernehmen, ferner Zweigniederlassungen zu errichten."

Durch Gesellschafterbeschluß vom 6.2.1981 wurden die vier Gesellschafter zu — je alleinvertretungsberechtigten — Geschäftsführern der Gesellschaft bestellt. Sie meldeten am 25.3.1981 die Gesellschaft und sich als Geschäftsführer sowie ihre Vertretungsbefugnisse in notariell beglaubigter Form beim Amtsgericht — Registergericht — zur Eintragung in das Handelsregister an. Hierbei gaben sie „gemäß §§ 39 Abs. III, 6 Abs. II Satz 2 und 3 GmbHG" folgende Erklärung ab:

„Wir versichern hiermit, daß jeweils keine Umstände vorliegen, aufgrund deren wir nach § 6 Abs. II GmbH-Gesetz von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wären. Wir wurden jeweils niemals wegen eines Konkursdelikts (§§ 283-283d des Strafgesetzbuches) verurteilt, (der beglaubigende Notar hat uns darüber belehrt, daß wir dem Handelsregister gegenüber unbeschränkt auskunftspflichtig sind), die Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesellschaft ist uns jeweils nicht durch Gericht oder Verwaltungsbehörde untersagt."

Der Registerrichter schrieb in einer Zwischenverfügung vom 16.6.1981 an den Notar:

„In der Versicherung fehlt die konkrete Angabe über das Nichtvorliegen derjenigen Umstände im Sinne von § 8 Abs. 3 mit § 6 Abs. 2 Satz 3, die der Bestellung als Geschäftsführer entgegenstehen würden (es fehlt die Angabe der einzelnen Varianten des § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG). Ich bitte um Behebung des Eintragungshindernisses."

Gegen diese Zwischenverfügung legte der Notar „Erinnerung" ein. Der Registerrichter half dieser Beschwerde nicht ab.

Mit Beschluß vom 31.7.1981 hat das Landgericht die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die vom Notar eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel erweist sich als unbegründet.

1. Die Entscheidungen der Vorinstanzen verstoßen im Ergebnis nicht gegen das Gesetz (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Im vorliegenden Verfahren ist lediglich darüber zu befinden, ob das Verlangen des Registergerichts, in der Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG die einzelnen Varianten des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG anzugeben, berechtigt ist.

b) Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG kann, wem durch gerichtliches Urteil oder durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagt worden ist, für die Zeit, für welche das Verbot wirksam ist, bei einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, nicht Geschäftsführer sein.

Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG haben die Geschäftsführer u.a. zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG entgegenstehen.

Das Registergericht hat nach § 9c GmbHG die Ordnungsmäßigkeit der Errichtung der Gesellschaft und der Anmeldung in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen. Es hat daher auch zu prüfen, ob die als Geschäftsführer bestellten Personen nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG vom Geschäftsführeramt ausgeschlossen sind. Dazu könnte es nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 BZRG eine Auskunft aus dem Bundeszentralregister einholen. Bei der Vielzahl neuer Geschäftsgründungen und späterer Änderungen in den Personen der Geschäftsführer (vgl. § 39 Abs. 1, 3 GmbHG) würde dies jedoch zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand führen, obwohl andererseits nur in Ausnahmefällen die Hinderungsgründe für die Bestellung als Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG vorliegen werden. Zur Erleichterung des Anmeldungs- und Prüfungsverfahrens sind daher die Geschäftsführer in § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG verpflichtet worden, in der Anmeldung zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG entgegenstehen. Haben die Geschäftsführer die erforderliche Versicherung abgegeben, so wird das Gericht bei der Prüfung der Anmeldung nur dann Veranlassung haben, noch einen Auszug aus dem Zentralregister einzuholen, wenn es im Einzelfall Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Versicherung hat (zu allem: Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften BT-Drucks. 8/1347 S. 34 zu § 8 Abs. 3; *Scholz* GmbHG 6. Aufl. § 9 c n.F. Rdnr. 2, § 82 Rdnr. 83; *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 3. Aufl. Nachtrag aus Anlaß der Neuerungen zum 1.1.1981 Rdnr. 731 unter Nr. 5; *Deutler* GmbH-Rdsch. 1980, 145/148 f; *Priester* DNotZ 1980, 515/523 f.; *Gersch/Herget/Marsch/Stützle* GmbH-Reform 1980, Rdnr. 195; *Baiser/Meyer/Piorreck* Die GmbH 7. Aufl. Rdnr. 170).

c) Nach dem dargelegten Gesetzeszweck soll die nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG von den Geschäftsführern abzugebende Versicherung die Einholung einer Auskunft aus dem Zentralregister durch das Registergericht möglichst überflüssig machen. Hat das Registergericht aufgrund der im Einzelfall abgegebenen Versicherung Zweifel, ob Ausschlußtatbestände nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG vorliegen, so ist es verpflichtet, weitere Ermittlungen nach § 12 FGG anzustellen. Dies kann durch Erholung einer Auskunft aus dem Zentralregister, zunächst aber auch — in milderer Form — dadurch geschehen, daß das Registergericht — wie hier — eine klarstellende Ergänzung der Versicherung verlangt.

d) Im vorliegenden Fall konnte das Registergericht nach den von den Geschäftsführern abgegebenen Versicherungen Zweifel daran haben, ob bei jedem von ihnen die Voraussetzungen der Eignung zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG gegeben sind.

aa) Der Geschäftsführer, dem durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit, Ungeeignetheit oder Unwürdigkeit untersagt worden ist, muß eine solche Entscheidung in der Zeit, für welche das Verbot wirksam ist, gegenüber dem Registergericht offenlegen (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 2 Nr. 9, § 11 Abs. 2 Nr. 2, § 3 Nr. 3 BZRG; *Keidel/Schmatz/Stöber* aaO Rdnr. 731 unter Nr. 3 auf Seite 24). Insoweit bedarf es keiner gesonderten Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht. Eine solche ist gemäß § 51 Abs. 2 i.V.m. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BZRG nur bei Berufsverboten erforderlich, die als Maßregel der Sicherung und Besserung bei Verurteilungen wegen einer rechtswidrigen Tat angeordnet worden sind (§ 3 Nr. 1, § 4 Nr. 2, § 30 Abs. 2 Nr. 6 BZRG i.V.m. § 61 Nr. 7, § 70 StGB; *Keidel/Schmatz/Stöber* aa0); bei diesen besteht eine Offenbarungspflicht gegenüber dem Registergericht erst nach Belehrung (§ 51 Abs. 2 BZRG), die auch durch einen Notar vorgenommen werden kann (§ 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG).

Die für die Eintragung maßgebliche Prüfung, ob der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, obliegt weder dem anmeldenden Geschäftsführer noch dem Notar, sondern allein dem Registergericht (§ 9 c Satz 1 GmbHG).

bb) Hier ist nach § 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages vom 6.2.1981 der Unternehmensgegenstand der angemeldeten Gesellschaft weit gefaßt; insoweit liegt die Gefahr der Umgehung eines bei einem Anmelder etwa bestehenden Verbots nicht außerhalb der Lebenserfahrung. Entgegen § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG stellen die von den anmeldenden Geschäftsführern abgegebenen Versicherungen zudem nicht auf den Unternehmensgegenstand, sondern auf die „Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesellschaft" ab; diese Tätigkeit (Vertretungsbefugnis) eines Geschäftsführers kann aber im Innenverhältnis beschränkt sein (§ 37 Abs. 1 GmbHG), sie braucht insoweit nicht den gesamten Unternehmensgegenstand zu umfassen.

Die bisher eingereichten Versicherungen der Geschäftsführer können sonach zu Zweifeln und Irrtümern Anlaß geben; solche aber sollen gerade vermieden werden, zumal die Versicherung immer auch im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftungsvorschriften zu sehen ist und durch sie ihre Bedeutung erhält (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 82 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG; vgl. *Scholz* GmbHG § 9a Rdnr. 39 und § 82 Rdnr. 83; *Balser/Meyer/Piorreck* aaO RdNr. 108).

Das Registergericht war sonach berechtigt, zur Vermeidung der Einholung von Auskünften aus dem Zentralregister zunächst durch Zwischenverfügung eine klarstellende Ergänzung der Versicherungen durch die Geschäftsführer zu veranlassen.

e) Um dem dargelegten Gesetzeszweck zu genügen, sollte daher die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG (mindestens) dahin lauten, daß ihm zur Zeit weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagt ist (vgl. *Scholz* § 82 GmbHG Rdnr. 83 letzter Satz). Ist ein solches Verbot in Bezug auf den in der Satzung umschriebenen Unternehmensgegenstand im weitesten Sinne zur Zeit der Anmeldung wirksam, so muß es — bei Verurteilungen zu einem Berufsverbot wegen einer rechtswidrigen Tat nach Belehrung gemäß § 51 Abs. 2 BZRG, § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, im übrigen ohne Belehrung — offengelegt werden; sodann hat allein das Registergericht gemäß § 9 c GmbHG zu prüfen, ob das Verbot mit dem in der Satzung genannten Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise übereinstimmt.

f) Soweit sich die Rechtsbeschwerde auf abweichende Formulierungsvorschläge (*Groß* BWNotZ 1981, 97/105; *Kersten/Bühling/Appel/Kanzleiter,* Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 17. Aufl. Nachtrag S. 5; *Hoffmann-Becking/Schippel* Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen Handels- und Wirtschaftsrecht 2. Aufl. IX. 2 S. 877) beruft, vermag ihr der Senat aus den oben angeführten Gründen nicht zu folgen, da diese Vorschläge nicht hinreichend geeignet erscheinen, in jedem Einzelfall den Gesetzeszweck zu erfüllen und dem Registergericht — ohne Einholung einer Auskunft aus dem Zentralregister — die gebotene Prüfung der Eignung zum Geschäftsführeramt ausreichend zu ermöglichen.

2. Die weitere Beschwerde ist sonach unbegründet und zurückzuweisen.

Eine Kostenentscheidung ist nicht geboten.

---

11. GmbHG § 8 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2, § 35 Abs. 4, § 39 Abs. 1; BGB § 181 (*Zur Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB*)

Die in der Satzung festgelegte Ermächtigung zur Befreiung eines jeden Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Beschluß der Gesellschafterversammlung muß nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Macht das Gesellschaftsorgan von der Ermächtigung Gebrauch, so ist die von ihm einem Geschäftsführer erteilte Befreiung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; einer Anmeldung und Eintragung der Ermächtigung bedarf es hierbei nicht.

BayObLG, Beschluß vom 28. 1. 1982 — BReg. 1 Z 126/81 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister des Amtsgerichts Passau sind aufgrund der Anmeldung vom 2. 3. 1981 seit 3. 4. 1981 die Firma J. R. GmbH und als Geschäftsführer der Kaufmann J. R. eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt DM 50 000,—; es wurde von J. R., dem einzigen Gesellschafter, übernommen.

In Spalte 6 (Rechtsverhältnisse) des Handelsregisters ist gemäß § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags (Satzung) vom 2. 3. 1981 eingetragen:

„Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser allein."

In § 6 Absatz 2 des Gesellschaftsvertrags heißt es weiter:

„Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung kann jedem Geschäftsführer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden."

Unter Abschnitt 4 der notariellen Urkunde vom 2. 3. 1981 über die Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestellte sich der einzige Gesellschafter J. R. selbst zum ersten Geschäftsführer der Gesellschaft, wobei er sich zugleich Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB „bzw. § 35 Abs. 3 GmbHG" (richtig Abs. 4) erteilte.

2. Der Geschäftsführer J. R. hatte am 2. 3. 1981 in notariell beglaubigter Form beim Amtsgericht — Registergericht — zugleich mit der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister auch angemeldet:

„Von den Beschränkungen des § 181 BGB bzw. des § 35 Abs. 4 GmbHG bin ich befreit".

Das Amtsgericht — Registergericht — (Rechtspfleger) lehnte diesen Eintragungsantrag mit Beschluß vom 15. 6. 1981 ab.

Dagegen legte der Notar „Erinnerung hilfsweise Beschwerde" ein. Der Rechtspfleger und der Richter halfen nicht ab; dieser legte die Beschwerde dem Landgericht zur Entscheidung vor.

Das Landgericht hob mit Beschluß vom 14. 7. 1981 [= MittBayNot 1981, 199] die Entscheidung des Amtsgerichts auf und wies dieses an, über den Eintragungsantrag neu zu entscheiden.

Das Amtsgericht — Registergericht — (Rechtspfleger) wies hierauf mit Zwischenverfügung vom 18. 8. 1981 darauf hin, daß zunächst die in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags festgelegte Befreiungsmöglichkeit zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sei und erst dann die angemeldete, durch Gesellschafterbeschluß erteilte Befreiung des Geschäftsführers J. R. von den Beschränkungen des § 181 BGB in das Handelsregister eingetragen werden könne.

Gegen diese Zwischenverfügung legte der Notar „Erinnerung bzw. Beschwerde" ein, der der Rechtspfleger und der Richter nicht abhalfen und die dieser dem Landgericht zur Entscheidung vorlegte.

Das Landgericht Passau wies die Beschwerde mit Beschluß vom 7.10.1981 zurück.

Gegen diesen Beschluß des Landgerichts richtet sich die vom Notar „namens und im Auftrag der Gesellschaft bzw. des Geschäftsführers" eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. Die Entscheidung der Vorinstanzen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

a) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens in beiden Instanzen ist nur das in der Zwischenverfügung vom 18. 8. 1981 bezeichnete und mit der Erinnerung/Beschwerde bestrittene Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über die Anmeldung selbst (BayObLGZ 1974, 479/481; 1978, 182/183 [= MittBayNot 1978, 162]; 1979, 458/459). Danach ist im vorliegenden Fall lediglich darüber zu befinden, ob das Verlangen des Registergerichts, auch die in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags festgelegte Ermächtigung zur Befreiung eines jeden Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Beschluß der Gesellschafterversammlung zur Eintragung im Handelsregister anzumelden, berechtigt ist.

b) Dieses — vom Landgericht im Ergebnis bestätigte — Verlangen des Registergerichts entbehrt einer gesetzlichen Grundlage.

aa) Das Landgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß auch die Befreiung des allein geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB im Hinblick auf § 35 Abs. 4 GmbHG n.F. grundsätzlich der Form des Gesellschaftsvertrags oder — bei nachträglicher Befreiung — der Änderung des Gesellschaftsvertrags (Satzungsänderung) bedarf und in das Handelsregister einzutragen ist (BayObLGZ 1981, 132/136 f. [= DNotZ 1981, 699], 1980, 209/212 ff. [= MittBayNot 1980, 170 m. Anm. *Rausch* = DNotZ 1981, 185], je mit Nachw.).

Gegen die Auffassung des Landgerichts, die hier in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 2.3.1981 festgelegte Ermächtigung, wonach jedem Geschäftsführer durch Beschluß der Gesellschafterversammlung Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann, müsse ebenfalls in das Handelsregister eingetragen werden, sie werde erst mit der Eintragung wirksam, bestehen aber rechtliche Bedenken. Es handelt sich hier nicht — wie in dem mit Senatsbeschluß vom 10. 4. 1981 (BayObLGZ 1981, 132/135 f.) entschiedenen Fall — um eine nachträgliche Gestattung des Selbstkontrahierens, die einer Satzungsänderung (§ 53 GmbHG) bedürfte und erst mit der Eintragung der Änderung im Handelsregister wirksam würde (§ 54 Abs. 4 GmbHG; BayObLGZ 1981, 132/136 f., 1980, 209/214, je m. Nachw.), sondern um eine Gestattungsermächtigung im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag. Diese Vertragsbestimmung muß im Handelsregister nicht eingetragen werden; ihre Wirksamkeit hängt auch nicht von der Eintragung ab.

bb) Art und Umfang der die Gesellschaftsgründung betreffenden Eintragungen im Handelsregister sind in § 10 Abs. 1 und 2 GmbHG abschließend geregelt. Eine Eintragung des Gesellschaftsvertrags findet — abweichend vom früheren Recht (§ 10 Abs. 1 a.F. GmbHG; vgl. BayObLGZ 1974, 49/52 [= MittBayNot 1974, 86]) — nicht statt (*Hachenburg* GmbHG 7. Aufl. § 10 Rdnr. 24). Der Vertrag befindet sich bei den Registerunterlagen (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG); er steht daher für jedermann zur Einsicht offen (§ 9 Abs. 1 HGB). Deshalb ist es notwendig, daß jede Änderung des Gesellschaftsvertrags (§ 53 GmbHG) zum Handelsregister angemeldet und dort eingetragen und bekannt gemacht wird. Erst mit der Eintragung im Handelsregister wird die Änderung des Gesellschaftsvertrags wirksam (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Die Eintragung einer — nach § 39 Abs. 1 GmbHG anzumeldenden — Änderung in der Art der Vertretungsbefugnis eines eingetragenen Geschäftsführers (hier: Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB) wirkt dagegen, wenn die Änderung nicht durch Satzungsänderung, sondern aufgrund und entsprechend einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung durch ein Gesellschaftsorgan vorgenommen wird, nicht konstitutiv; sie hat nur rechtsbekundende Funktion (vgl. BGH BB 1960, 880; BayObLGZ 1980, 429/437 f.; *Hachenburg* § 39 GmbHG Rdnrn. 7, 19).

Die in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 2. 3. 1981 festgelegte Ermächtigung zur Befreiung eines jeden Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Beschluß der Gesellschafterversammlung bedarf — anders als die unmittelbare Befreiung (vgl. BayObLGZ 1979, 181 [richtig wohl: 182 = MittBayNot 1979, 119]; *Scholz* GmbHG 6. Auf. § 35 Abs. 4 n.F. Rdnrn. 70 d, 70 f) — weder der Anmeldung (§ 8 Abs. 4 GmbHG) noch (etwa nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) der Eintragung in das Handelsregister (vgl. für die Ermächtigung zur Erteilung einer von § 35 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GmbHG abweichenden Alleinvertretungsbefugnis eines Geschäftsführers durch Gesellschafterbeschluß: BayObLGZ 1971, 49/55). Mit der konstitutiv wirkenden Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister (§§ 10, 11 Abs. 1 GmbHG), die einen alle Beteiligten bindenden Gesellschaftsvertrag voraussetzt, regeln sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag als Organisationsstatut der eingetragenen Gesellschaft (*Hachenburg* GmbHG § 10 Rdnr. 25, § 11 Rdnr. 37). Macht die Gesellschaft von einer ihr im Gesellschaftsvertrag (Satzung) erteilten Ermächtigung zur Befreiung eines bestimmten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Beschluß der Gesellschafterversammlung Gebrauch, so ist die diesem Geschäftsführer erteilte Befreiung gesondert zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (vgl. BayObLG aaO und BayObLGZ 1979, 182). Dies gilt jedenfalls dann, wenn — wie hier (ebenso: BayObLGZ 1979, 182) — nicht schon die in der Satzung festgelegte Ermächtigung selbst im Handelsregister eingetragen ist. Ob eine solche Ermächtigung eintragungsfähig ist und ob im Falle ihrer Eintragung im Handelsregister zur Wahrung des Gläubigerschutzes im Einzelfall ein ordnungsgemäß protokollierter Gesellschafterbeschluß (§ 48 Abs. 3 GmbHG) über die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB — ohne gesonderte Anmeldung und Eintragung — genügt, wie *Scholz* (aaO Rdnr. 70 f.) meint, bedarf hier keiner Entscheidung, da ihre Eintragung nicht beantragt ist. Jedenfalls kann der Meinung der Vorinstanzen, die im vorliegenden Fall allein zur Eintragung angemeldete, aufgrund einer Ermächtigung in der Satzung konkret erteilte Befreiung eines bestimmten Geschäftsführers durch Beschluß der Gesellschafterversammlung setze — zwingend — die Anmeldung und Eintragung der Ermächtigung voraus, nicht gefolgt werden. Denn nach § 8 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist lediglich anzumelden und einzutragen „welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben". Die Rechtsgrundlage, auf der die Vertretungsbefugnis beruht (Gesetz, Satzung oder Anordnung eines hierzu in der Satzung ermächtigten Gesellschaftsorgans, z. B. der Gesellschafterversammlung) ist für Dritte ohne Bedeutung; sie muß nicht angemeldet und eingetragen werden (vgl. BayObLGZ 1974, 49/52 ff., 55 [= MittBayNot 1974, 86, 88]). Denn die bloße Ermächtigung zur Regelung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer durch ein Gesellschaftsorgan stellt noch keine (abstrakte oder konkrete) Regelung der Vertretungsbefugnis selbst dar (nur eine solche ist grundsätzlich anzumelden und einzutragen: BayObLG aaO S. 54/55); die Ermächtigung bildet nur die statutarische Grundlage für die durch das Gesellschaftsorgan tatsächlich getroffene Regelung der Vertretungsbefugnis.

cc) Das Registergericht hat sonach zu Unrecht die Anmeldung der in § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags festgelegten Ermächtigung zur Eintragung im Handelsregister verlangt. Im übrigen hatte es zwar die zur Eintragung angemeldete Befreiung des Geschäftsführers J. R. von den Beschränkungen des § 181 BGB auch dahin zu prüfen, ob sie nach dem Gesetz und der Satzung zulässig und wirksam ist (vgl. BayObLGZ 1980, 209/213). Insoweit hat indes das Registergericht in seiner Zwischenverfügung vom 18. 8. 1981 kein Eintragungshindernis aufgezeigt; diese Frage ist daher auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens geworden.

2. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind sonach aufzuheben. Die Sache ist an das Amtsgericht — Registergericht — Passau zur weiteren Behandlung der Anmeldung zurückzugeben. Dieses wird von dem in der Zwischenverfügung vom 18.8.1981 irrtümlich angenommenen Eintragungshindernis Abstand zu nehmen haben.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der Beschluß des LG Passau vom 14. 7. 1981 ist abgedruckt in MittBayNot 1981, 199. Vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Schmidt* MittBayNot 1981, 176.

---

12. GmbHG §§ 35 ff.; BGB § 181 (*Zur Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bei GmbH*)

Ist im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ausdrücklich vorgesehen, daß dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren durch Gesellschafterbeschluß allgemein gestattet werden kann, so unterliegt der entsprechende Gesellschafterbeschluß als Sozialakt nicht den Bestimmungen des § 181 BGB.
(Leitsatz des Einsenders)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 30.12.1981 — 3 W 82/81 — mitgeteilt von Notar *Alfred Kluge*, Haßloch/Pfalz

Aus dem Tatbestand:

Gesellschafter der beteiligten Firma sind die minderjährigen Kinder H. u. G. B., die von ihren Eltern gesetzlich vertreten werden. Geschäftsführer ist der Vater K. B. Nach § 7 Abs. 3 der Satzung sind Gesellschafter-Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Am 3. März 1981 haben die minderjährigen Gesellschafter, vertreten durch ihre Eltern, als Abs. 4 des § 7 der Satzung beschlossen:

„Die Gesellschafterversammlung kann auch andere Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien." Der Geschäftsführer der beteiligten Firma ist schon aufgrund Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 7. Oktober 1980 von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Die Beteiligte hat beantragt, diese Befreiung im Handelsregister einzutragen. Durch Beschluß vom 18. März 1981 hat das Amtsgericht — Registergericht — diesen Antrag unter Hinweis auf die Entscheidung BGHZ 33, 191 ff. [= DNotZ 1961, 488 m. Anm. *Schelter*] zurückgewiesen, weil die Eltern als gesetzliche Vertreter der minderjährigen Gesellschafter ein Rechtsgeschäft vorgenommen hätten, als sie dem Vater erlaubten, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst zu vertreten. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten vom 12. Mai 1981 hat das Landgericht durch den angefochtenen Beschluß aus denselben Erwägungen zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde der beteiligten Firma ist zulässig. Sie ist insbesondere zu Recht namens der beteiligten GmbH eingelegt worden (vgl. *Scholz/Tiedemann*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl., § 78 Rdnr. 18). Sie führt auch in der Sache zum Erfolg.

Die Vorschrift des § 181 BGB, die es verbietet, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt, gilt auch für die Vertretungsbefugnis von Organen juristischer Personen. Sie betrifft jede Vertretungsmacht, gleichgültig, ob sie auf Rechtsgeschäft, Satzung oder Gesetz beruht. Erlaubt ist das Selbstkontrahieren, wenn es gestattet ist. Diese Gestattung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die grundsätzlich formfrei ist. Zuständig hierfür ist bei juristischen Personen das Organ, das zur Bestellung des gesetzlichen Vertreters berufen ist (BayObLGZ 1980, 209, 211 = BB 1980, 1442 = DNotZ 81, 185 m.w.N. [= MittBayNot 1980, 170 m. Anm. *Rausch*]). Nach der früheren Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGHZ aaO), der sich die Vorinstanzen angeschlossen haben, konnte die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nur durch Satzungsänderung erfolgen. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof aber zwischenzeitlich aufgegeben, weil das Gesetz hierfür keine Handhabe bietet (BGHZ 75, 358, 361 [= DNotZ 1980, 632]; ebenso schon WM 1975, 157, 158 II unter Hinweis auf *Hachenburg*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl., § 36 Anm. 13). Dieser Auffassung schließt sich auch der Senat an (ebenso BayObLGZ aaO; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 227; unklar *Scholz/U. H. Schneider*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl., § 35 Rdnrn. 57, 58).

Die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens muß allerdings dann in der Form der Satzungsänderung erfolgen, wenn die Satzung hierzu schweigt. Regelungen über die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer sind zwar nicht notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags (§ 3 Abs. 1 GmbH-Gesetz); deshalb ist nicht jede Änderung der Vertretungsbefugnis ohne weiteres eine Satzungsänderung; eine solche liegt aber vor, wenn ein Punkt, über den die Satzung schweigt, abweichend vom Gesetz geregelt wird. Deshalb kann der Geschäftsführer vom Verbot des Selbstkontrahierens nur durch Satzungsänderung befreit werden, wenn der Gesellschaftsvertrag hierzu nichts bestimmt (BayObLGZ aaO). Eine Satzungsänderung ist aber nicht erforderlich, wenn im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist, daß dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren durch einfachen Gesellschafterbeschluß allgemein gestattet werden kann. In erster Linie entscheidet nämlich der Parteiwille darüber, ob etwas zum echten Inhalt der Satzung und damit zur bindenden Gesellschaftsregel gemacht worden ist, deren Änderungen nur nach § 53 GmbH-Gesetz erfolgen kann, oder ob ein einfacher Beschluß ausreicht (BGHZ 38, 155, 161 [= DNotZ 1963, 203]; BayObLG aaO).

Da die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens sonach durch einfachen Gesellschafterbeschluß erfolgen konnte, und ein derartiger Beschluß als Sozialakt nicht den Bestimmungen des § 181 BGB unterliegt, beruht die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung. Dabei kann die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf Gesellschaftsbeschlüsse sogar letztlich offenbleiben, weil ein Verstoß gegen diese Vorschrift den Beschluß allenfalls anfechtbar gemacht hätte (vgl. *Röll*, NJW 1979, 627, 629), er also bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Anfechtungsprozeß auch vom Registergericht als rechtsgültig zu beachten wäre (KG JW 1936, 334; *Scholz/Karsten Schmidt*, aaO, § 45 Rdnr. 50).

Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht deshalb im Ergebnis als richtig, weil der Beschluß, durch den das Selbstkontrahieren gestattet wurde, zeitlich vor der Satzungsänderung lag, die es der Gesellschafterversammlung gestattete, dies durch einfachen Beschluß auszuspre-

chen. Die entsprechende Satzungsänderung ist gerade vorgenommen worden, weil das Registergericht die Eintragung der Befreiung allein aufgrund des Beschlusses vom 7. Oktober 1980 — zu Recht — abgelehnt hat. Der Beschluß über die Satzungsänderung vom 3. März 1981 enthält deshalb zumindest stillschweigend den Beschluß, daß auch der derzeitige Geschäftsführer von der Beschränkung des § 181 BGB befreit sein soll.

Da der Antrag auf Eintragung der Befreiung von § 181 BGB nicht mit Rücksicht darauf, daß diese Befreiung unter Verstoß gegen § 181 BGB erfolgt sei, hätte zurückgewiesen werden dürfen, war der angefochtene Beschluß zu ändern und das Amtsgericht anzuweisen, den Eintragungsantrag neu zu bescheiden.

---

13. GmbHG § 44 (*Zur Bestellung von stellvertretenden Geschäftsführern*)

Die Bestellung von stellvertretenden Geschäftsführern gem. § 44 GmbHG durch die Gesellschafterversammlung ist auch dann zulässig, wenn die GmbH-Satzung diese Möglichkeit nicht vorsieht.

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG Aschaffenburg, Beschluß vom 19.2.1982 — 1 HKT 1/82 — mitgeteilt von Notar *Wolf-George Harms*, Aschaffenburg

---

14. AktG 1965 § 107; MitbestG § 25 (*Zur Zulässigkeit von Regelungen für Ausschüsse des Aufsichtsrats einer AG*)

a) Das Mitbestimmungsgesetz regelt (abgesehen von § 27 Abs. 3) nicht die Bildung, Zusammensetzung und Organisation von Ausschüssen des Aufsichtsrats. Seine Vorschriften sind daher weder unmittelbar noch entsprechend auf Ausschüsse anwendbar.

b) Den Gesellschaften steht es jedoch frei, im gesellschaftsrechtlich zulässigen Rahmen für die Ausschüsse ähnliche Regelungen zu treffen, wie sie das Gesetz für den Gesamtaufsichtsrat vorgeschrieben hat.

c) Solche Regelungen sind daher nicht schon deshalb unzulässig, weil sie unter bestimmten Umständen dazu führen können, das im Gesetz selbst angelegte leichte Übergewicht der Anteilseigner auch in den Ausschüssen zur Geltung zu bringen; unzulässig sind sie nur, wenn sie dazu herhalten, zwingendes Mitbestimmungsrecht nach dessen Sinn zu unterlaufen oder zu umgehen.

d) Der Aufsichtsrat kann daher auch in einem mitbestimmten Unternehmen durch Geschäftsordnung dem jeweiligen Vorsitzenden des Personalausschusses bei Stimmengleichheit das Recht zum Stichentscheid zuweisen.

BGH, Urteil vom 25.2.1982 — II ZR 102/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

---

15. AktG 1965 §§ 107, 241, 246; MitbestG §§ 25, 27; ZPO § 546 (*Zur Zulässigkeit von Satzungsvorschriften über Aufsichtsratsausschüsse und über Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden einer AG*)

a) Rechtsstreitigkeiten über die Gültigkeit von Satzungs- oder Geschäftsordnungsbestimmungen einer Aktiengesellschaft, deren Unternehmensgegenstand geschäftlicher Art ist, betreffen stets vermögensrechtliche Ansprüche.

b) Die Vorschriften des §§ 25 ff MitbestG über die innere Ordnung und die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats sind solche, die im öffentlichen Interesse gegeben sind und deren Verletzung daher ohne Rücksicht darauf, ob hierdurch die Anteilseigner oder die Arbeitnehmer benachteiligt werden, nach § 241 Nr. 3 AktG ein Nichtigkeitsgrund ist.

c) § 27 MitbestG steht der Wirksamkeit einer Satzungsbestimmung, die vorschreibt, für den Vorsitzenden des Aufsichtsrats mehr als einen Stellvertreter zu wählen, nicht grundsätzlich entgegen.

d) Eine Satzungsvorschrift, wonach ein solcher weiterer Stellvertreter dem Kreis der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre angehören soll, ist wegen Verstoßes gegen die Wahlfreiheit des Aufsichtsrats und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung seiner Mitglieder nichtig.

e) Die Satzung darf in die Organisationsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Entscheidung darüber, ob er Ausschüsse bilden will und wer ihnen angehören soll, nicht dadurch eingreifen, daß sie vorschreibt (oder verbietet), im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit einen oder mehrere Ausschüsse mit bestimmten Aufgaben und einer bestimmten personellen Besetzung zu errichten; darunter fällt auch die Bestimmung, aus dem Vorsitzenden und dessen Stellvertretern ein Präsidium zu bilden.

f) Dagegen sind Satzungsklauseln, die das Verfahren in den Ausschüssen generell in bestimmter Weise regeln, zulässig, soweit sie das pflichtmäßige Ermessen des Aufsichtsrats, wie er seine Arbeit sachlich und personell gestalten will, nicht auf eine dem Wortlaut und Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG widersprechende Weise einengen. Dazu gehören auch Vorschriften über einen Stichentscheid der Ausschußvorsitzenden.

g) Es ist zulässig, dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats für den Fall, daß er einem Ausschuß angehört und sich dort bei einer Abstimmung Stimmengleichheit ergibt, ein Zweitstimmrecht einzuräumen.

BGH, Urteil vom 25.2.1982 — II ZR 123/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

---

16. AktG 1965 § 108; MitbestG § 28 (*Zur Unzulässigkeit einer AG-Satzungsbestimmung bei Ungleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder*)

Eine Satzungsbestimmung, wonach der Aufsichtsrat nur beschlußfähig sein soll, wenn mindestens die Hälfte der an der Beschlußfassung Teilnehmenden Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner sind und sich unter Ihnen der Vorsitzende des Aufsichtsrats befindet, ist unzulässig.

BGH, Urteil vom 25.2.1982 — II ZR 145/80 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

---

17. AktG 1965 § 361 (*Zur Zustimmung der Hauptversammlung einer AG bei Vermögensübertragung*)

a) Die Zustimmung der Hauptversammlung und das vorausgehende Verfahren nach § 361 Abs. 2 Satz 1 bis 4 AktG müssen sich auf alle mit der Vermögensübertragung zusammenhängenden schuldrechtlichen Abreden erstrecken, die rechtsverbindlich die Beziehungen der Vertragschließenden bestimmen sollen, von denen die eine nicht ohne die andere gelten soll und die daher ein ein-

heitliches Ganzes bilden; gleichgültig ist, ob sie mit verschiedenen Partnern vereinbart und in verschiedenen Vertragsurkunden niedergelegt sind.

b) Der Vertrag braucht der Hauptversammlung nicht schon in notarieller Urkunde vorliegen. Es genügt die Vorlage eines vollständigen Vertragsentwurfs.

BGH, Urteil vom 16.11.1981 II — ZR 150/80 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

---

18. AktG 1965 §§ 118, 119, 179, 182, 361; ZPO § 256 (*Zur Frage der Beteiligung der Hauptversammlung bei der Ausgliederung des wertvollsten Teils des AG-Betriebsvermögens*)

a) Bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte und Interessen der Aktionäre, wie z. B. der Ausgliederung eines Betriebs, der den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens bildet, auf eine dazu gegründete Tochtergesellschaft, kann der Vorstand ausnahmsweise nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, gemäß § 119 Abs. 2 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung herbeizuführen.

b) Macht ein Aktionär geltend, der Vorstand habe bei einer Betriebsausgliederung die notwendige Zustimmung der Hauptversammlung nicht eingeholt, so kann er auf Feststellung klagen, daß die Maßnahme nichtig oder unzulässig sei.

c) Zur Frage, ob und in welcher Zeit der Aktionär in einem solchen Fall auch auf Unterlassung oder Wiederherstellung des alten Zustands klagen darf.

d) Eine Vermögensübertragung im Sinne des § 361 AktG liegt trotz Ausgliederung des wertvollsten Teilbetriebs nicht vor, wenn die Gesellschaft mit dem zurückbehaltenen Betriebsvermögen noch ausreichend in der Lage bleibt, satzungsmäßige Unternehmensziele, wenn auch in eingeschränktem Umfang, selbst zu verfolgen.

e) Hat der Vorstand den wertvollsten Teil des Betriebsvermögens auf eine zu diesem Zweck errichtete 100%ige Tochtergesellschaft übertragen, so ist die Obergesellschaft jedem ihrer Aktionäre gegenüber verpflichtet, für Kapitalerhöhungen in der Tochtergesellschaft die Zustimmung ihrer Hauptversammlung mit der Mehrheit einzuholen, die für eine entsprechende Maßnahme in der Obergesellschaft selbst erforderlich wäre. Ob dies auch dann gilt, wenn die Hauptversammlung der Ausgliederung vorher oder nachträglich mit satzungsändernder Mehrheit zugestimmt hat, bleibt offen.

BGH, Urteil vom 25.2.1982 — II ZR 174/80 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

C.
Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

19. BNotO § 19; BeurkG § 17 Abs. 1 (*Zum Umfang der notariellen Belehrungspflicht*)

Zur Frage, inwieweit eine Amtspflicht des Notars besteht, Vertragsbeteiligte nochmals besonders auf ein bestehendes, während der Vertragsverhandlungen bereits erwähntes dingliches Vorkaufsrecht und die damit verbundenen Gefahren für die sofortige Durchführung von Baumaßnahmen hinzuweisen.

(Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 19.1.1982 — VI ZR 182/80 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der klagende Landkreis verlangt von dem beklagten Notar Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO).

Der Beklagte beurkundete am 5. Dezember 1974 einige Kaufverträge, durch die der Kläger mehrere Grundstücke erwarb, die er zur Anlage einer zentralen Mülldeponie verwenden wollte. Dazu gehörte ein Vertrag zwischen dem Kläger und dem Landwirt M. Gegenstand dieses Vertrages war u. a. ein ca. 3 ha großes Grundstück, das mit einem vertraglichen Vorkaufsrecht zugunsten des Bauern W. belastet war. Die Belastungen in Abt. II und III des Grundbuches wurden jedoch in dem vom Beklagten beurkundeten Kaufvertrag nicht besonders erwähnt. Er vermerkte allerdings: „Der Notar gibt bekannt, daß er das Grundbuch eingesehen hat. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht nicht." In dem Kaufvertrag heißt es weiter: „Die Übergabe und lastenfreie Auflassung von jeglichen Rechten Dritter erfolgt sofort." Auch in einer weiteren Bestimmung des Vertrages waren Grundstücksbelastungen angesprochen. Dort hieß es: „Voraussetzung für die Zahlung des Kaufpreises ist jedoch, daß dem Käufer gegenüber vom amtierenden Notar die lastenfreie Umschreibung von jeglichen Rechten Dritter gewährleistet wird."

Bereits im März 1975 ließ der Kläger auf dem gekauften Grundstück Gebäude und eine Zufahrtstraße für die Mülldeponie errichten. Erst im Februar 1976 übersandte der Beklagte dem Bauern W. eine Abschrift des Kaufvertrages und bat ihn um Bestätigung, daß er sein Vorkaufsrecht nicht auszuüben gedenke. Dieser erklärte jedoch in einem Schreiben vom 3. März 1976, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe. Erst im Jahre 1979 gelang dem Kläger schließlich eine Einigung mit dem Bauern W. Gegen Zahlung einer Entschädigung von 1 DM pro qm und einer Entschädigung für entgangene Nutzung in Höhe von insgesamt 36.000 DM verzichtete dieser auf die Ausübung seines Vorkaufsrechtes; außerdem mußte der Kläger ihm 5,0210 ha Grundfläche zu einem Preis von 2,80 DM pro qm verkaufen, die er für 3,80 DM pro qm erworben hatte.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten 133.736,39 DM Schadensersatz nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen an die Belehrungspflicht eines Notars (§ 17 Abs. 1 BeurkG), wenn es meint, der Beklagte habe spätestens am Schluß der langwierigen und schwierigen Vertragsverhandlungen den für den Kläger handelnden rechtskundigen Oberkreisdirektor nochmals „unüberhörbar" auf das Vorkaufsrecht hinweisen und ihn vor dem Beginn von Baumaßnahmen vor der Klärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes warnen müssen. Es mag für den Beklagten vielleicht empfehlenswert gewesen sein, dem Klägervertreter noch einmal einen solchen Hinweis zu geben bzw. die Grundstücksbelastungen auch in der notariellen Urkunde im einzelnen aufzuführen, schon um selbst einen genauen Überblick zu haben, damit er nicht voreilig dem Käufer die lastenfreie Umschreibung von jeglichen Rechten Dritter gewährleistete.

Hatte er aber während der Vertragsverhandlungen sämtliche Belastungen erwähnt, wovon im Revisionsverfahren auszugehen ist, und hatte er gleichzeitig durch seine Vertragsformulierung sichergestellt, daß der Kaufpreis nicht vor der Gewährleistung der lastenfreien Umschreibung fällig wurde, dann traf ihn nicht noch nach § 17 Abs. 1 BeurkG die Amtspflicht, den rechtskundigen Oberkreisdirektor als Vertreter des Klägers nochmals besonders auf das Vorkaufsrecht und die damit verbundenen Gefahren für die sofortige Durchführung von Bauarbeiten hinzuweisen. Der Kläger war durch die vom Beklagten in den Vertrag aufgenommene Fälligkeitsklausel weitgehend geschützt. Er konnte nur dann Schaden erleiden, wenn er bereits vor seiner Eintragung als

Eigentümer im Grundbuch bzw. vor Sicherstellung der lastenfreien Umschreibung kostenträchtige Veränderungen auf einem der insgesamt erworbenen Grundstücke vornahm, und wenn sich dann einer der Verträge über ein für die Mülldeponie unbedingt erforderliches Grundstück nicht als durchführbar erwies. Das aber ging bei der hier gegebenen Sachlage allein auf das Risiko des Klägers. Zwar gehörte der Hinweis auf das (dingliche) Vorkaufsrecht zum rechtlichen Inhalt, vor allem zur rechtlichen Tragweite, des zu beurkundenden Vertrages (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), mag dieser Hinweis auch nicht beurkundungspflichtig sein (vgl. § 20 BeurkG). Das leugnet indes der Beklagte auch nicht, und das Berufungsgericht hält für nicht erwiesen, daß dieser jenen Hinweis nicht gegeben hat, meint aber, der Beklagte habe hier weitergehende Betreuungspflichten gehabt. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Betreuungspflichten entstehen für einen Notar gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nur dann, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles Anlaß zu der Besorgnis haben muß, einem Vertragsbeteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche die Bedeutung des beurkundeten Rechtsgeschäfts für seine Vermögensinteressen beeinflussen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewußt war (Senatsurteil vom 22. April 1980 — VersR 1980, 742, 743 m.w.Nachw. [= MittBayNot 1980, 176]). Diese Besorgnis brauchte der Beklagte bei dem klagenden Landkreis jedoch nicht zu haben, wenn er die Belastungen, insbesondere auch das Vorkaufsrecht, erwähnt hatte. Selbst wenn er erkannt haben sollte, daß die Beteiligten, vor allem auch der Klägervertreter, davon ausgingen, W. werde zu dem vereinbarten offensichtlich überhöhten Kaufpreis nicht in den Vertrag eintreten, so daß er ihn zur Aufgabe des Vorkaufsrechtes bewegen könne, so verschärfte das nicht seine Pflichtenstellung. Er konnte und durfte davon ausgehen, der Klägervertreter wisse, daß ein solcher Verlauf der Verhandlungen keineswegs absolut sicher war.

Bei dieser Sachlage muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Sollte sich in der neuen Verhandlung ergeben, daß der Kläger tatsächlich dadurch Schaden erlitten hat, daß der Beklagte seine Amtspflichten verletzt hat, so wird das Berufungsgericht seine Ausführungen zum Mitverschulden des Klägers nochmals überprüfen müssen.

---

20. § 25 Abs. 2 BNotO; § 2259 Abs. 2, 2263a, 2300, 2300 a BGB (*Zur notariellen Ablieferungspflicht bei Erbverträgen*)

Das Amtsgericht ist nicht berechtigt, die Annahme eines abgelieferten ungültigen Erbvertrags zu verweigern.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Augsburg, Beschluß vom 10.2.1982 — 5 T 550/82 — mitgeteilt von Notar *Wolfgang Olshausen,* Rain am Lech

Aus dem Tatbestand:

Die Brautleute J.E. und T.L. hatten am 9.5.1904 einen notariellen Ehe- und Erbvertrag geschlossen.

Die beabsichtigte Eheschließung unterblieb jedoch. In § 3 des Vertrags hatten die Brautleute „Für Todesfälle nach geschlossener Ehe" erbrechtliche Bestimmungen getroffen. Nachforschungen des Beteiligten haben nicht zur Feststellung des Weiterlebens der Vertragsschließenden geführt. Der Beteiligte hat deshalb den Ehe- und Erbvertrag an das Amtsgericht zur Verwahrung abgeliefert.

Mit Beschluß vom 18.12.1981 hat die Rechtspflegerin beim Amtsgericht die Übernahme des Vertrags abgelehnt, da der Erbvertrag nicht zustande gekommen sei mangels Eintritts der Bedingung (Eheschließung). Hiergegen hat der Beteiligte am 11.1.1982 Erinnerung eingelegt, denen Rechtspfleger und Richter beim Amtsgericht nicht abgeholfen haben.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Anweisung an das Amtsgericht, den Vertrag vom 9.5.1904 zur Verwahrung anzunehmen.

Nach Eintritt des Erbfalls ist der Notar verpflichtet, bei ihm amtlicherseits befindliche Erbverträge dem zuständigen Amtsgericht zur Verwahrung und eventuellen Eröffnung abzuliefern (§§ 2300, 2259 Abs. 2 BGB, 25 Abs. 2 Satz 2 BNotO).

Gleiches gilt, wenn ein Erbvertrag, wie hier, länger als 50 Jahre biem Notar verwahrt wurde und dieser trotz Nachforschungen ein Weiterleben der Vertragsschließenden nicht mehr feststellen konnte (§§ 2300a, 2263a BGB).

Das Amtsgericht ist zur Annahme des Erbvertrags auch dann verpflichtet, wenn sich aus irgendwelchen Gründen ergeben soltle, daß der Vertrag unwirksam oder gegenstandslos ist. Worauf diese Gründe zurückzuführen sind (förmliche oder sachliche Mängel, Ausfall einer Bedingung, Fristablauf bei Nottestamenten, Widerruf, Aufhebung, Anfechtung usw.), spielt keine Rolle (vgl. *Pallandt* § 2259 Anm. 2 und § 2300 Anm. 4; Münchner Kommentar zum BGB § 2259 Rdz. 2 und § 2300 Rdz. 3; *Staudinger* Kommentar zum BGB 10./11. Aufl. § 2259 Ziff. 4; RGR-Kommentar zum BGB 12. Aufl. § 2259 Rdz. 2; *Firsching* Nachlaßrecht 5. Aufl. Abschnitt VI A; Kammergericht in Rechtspfleger 1977 Seite 256). Die Gültigkeit des Erbvertrags ist vor der Ablieferung nicht zu prüfen und ihr Fehlen berechtigt das Amtsgericht auch nicht, die Annahme des abgelieferten Erbvertrags zu verweigern.

D.
Kostenrecht

21. KostO §§ 26 Abs. 1, 79 Abs. 1 und 2; AktG §§ 181, 188 Abs. 1, 202, 203 (*Geschäftswert für Eintragung der teilweisen Durchführung einer Kapitalerhöhung*)

Die Eintragung der teilweisen Durchführung einer genehmigten Kapitalerhöhung in das Handelsregister ist eine Eintragung mit bestimmtem Geldbetrag.

OLG Hamm, Beschluß vom 11.5.1981 — 15 W 30/81 — mitgeteilt von Dr. Joachim Kuntze, Vorsitzender Richter am OLG

---

22. KostO §§ 37, 39, 44 (*Zur Kostenbewertung eines Baubetreuungs- und -verwaltungsvertrags*)

Ein Baubetreuungsvertrag mit umfassenden Verpflichtungen des Bauherrn und bindenden Vollmachten zugunsten des Baubetreuers ist als Austauschvertrag i.S. des § 39 Abs. 2 KostO anzusehen. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem gesamten Aufwand des Bauherrn für sein Bauwerk.
(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 22.12.1981 — 10 W 56/81 —

Aus den Gründen:

Zu Recht hat der Notar für die jeweils gemeinsame Beurkundung der Angebote der Schuldnerin an alle in Betracht kom-

mende Bauherren der jeweiligen Bauvorhaben jeweils das Eineinhalbfache der vollen Gebühr des § 37 KostO gemäß § 44 Abs. 2 Buchstabe a KostO nach den jeweils zusammengerechneten Werten der verschiedenen Angebote jeweils eines Bauvorhabens berechnet; denn die in einer Verhandlung beurkundeten Angebote für jeweils ein Bauvorhaben haben jeweils einen verschiedenen Gegenstand; sie richten sich an die in Betracht kommenden verschiedenen Bauherren der verschiedenen Einfamilienhäuser des jeweiligen Bauvorhabens.

Mit dem Notar ist als Wert dieser Angebote nicht nur gemäß § 25 Abs. 2 KostO jeweils die Summe der Honorare oder der Gewinne anzunehmen, die die Schuldnerin als Betreuerin und Verwalterin von den verschiedenen Bauherren des jeweiligen Bauvorhabens zu beanspruchen hat, sondern jeweils die Summe der gesamten Aufwendungen der verschiedenen Bauherren eines Bauvorhabens für ihr Einfamilienhaus. Diesen Standpunkt hat der Senat bereits für den vergleichbaren Fall entschieden, daß das Bauvorhaben aus Wohnungs- und Teileigentumsrechten bestand und in der Form einer Bauherrengemeinschaft durchgeführt wurde (10 W 42/80 = JurBüro 1981, 258 = DNotZ 1981, 325 = MittRheinNotK 1980, 232). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall, daß das jeweilige zusammen betreute und verwaltete Bauvorhaben aus mehreren Einfamilienhäusern besteht; denn auf die Rechtsbeziehungen der einzelnen Bauherren eines Bauvorhabens untereinander kommt es nicht entscheidend an, sondern auf die Rechtsbeziehung des Bauherrn zu der Schuldnerin als der Betreuerin und Verwalterin seines Bauwerks.

Mit der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist ein Baubetreuungs- und -verwaltungsvertrag, wie die Schuldnerin ihn vorliegend den jeweiligen Interessenten der Bauvorhaben anbot, ein einheitlich zu bewertender Austauschvertrag im Sinne der §§ 39 Abs. 2 und 44 Abs. 1 S. 1 KostO, so daß die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Austauschvertrages einschließlich der mitbeurkundeten Vollmacht nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz zu berechnen ist, und nicht etwa gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 oder Abs. 2 KostO (OLG Stuttgart KostRsp. KostO § 39 Nr. 35 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung in Justiz 1967, 201; BayObLG JurBüro 1973, 974; *Ackermann* JurBüro 1976, 434 f; *Mümmler* JurBüro 1976, 173 f.; *Hartmann* § 44 KostO Anm. 2; *Korintenberg/Ackermann/Lappe* § 39 KostO Rdnr. 21 ff.; *Rohs/Wedewer* § 39 KostO Anm. II 9; *Retzer,* Streifzug durch die Kostenordnung, 2. Aufl. 1980, S. 138; a. A. sind: OLG Zweibrücken DNotZ 1981, 328; OLG Köln DNotZ 1976, 248 für einen nur bedingt vergleichbaren Fall; OLG Celle DNotZ 1974, 102 für einen nur bedingt vergleichbaren Fall; OLG Frankfurt DNotZ 1963, 566 ebenfalls für einen nur bedingt vergleichbaren Fall). Durch den Baubetreuungsvertrag mit den jeweiligen Interessenten eines Bauvorhabens sicherte sich die Schuldnerin im eigenen und im Interesse des Bauherren die Durchführbarkeit des jeweiligen Bauvorhabens und begründete, indem der Vertrag nur aus wichtigem Grunde kündbar war, und durch eine über den Tod der Bauherren fortdauernde Vollmachtserteilung (Verpflichtung zur Erteilung derselben im Rahmen des Angebots und Erteilung derselben bei der Annahme des Angebots auf Abschluß des Baubetreuungsvertrages) auch eine mittelbare Verpflichtung der Bauherren zum Erwerb des Grundstücks, weshalb solche Verträge der Beurkundung bedürfen. Der Bauherr verpflichtet sich zur Zahlung des festen Eigenkapitalanteils und der Gebühren an die Schuldnerin, und diese wurde bevollmächtigt, alle zur Errichtung des Gebäudes und der damit zusammenhängenden Geschäfte erforderlichen Verträge im Namen und für Rechnung des Bauherren abzuschließen, z. B. den Kauf des Grundstücks sowie dessen Finanzierung wie auch die Finanzierung des Baues selber. Der Wert dieser Leistungen des Bauherrn, zu denen er sich gegenüber der Schuldnerin verpflichtet bzw. zu deren Verpflichtung in seinem Namen er die Schuldnerin bevollmächtigt, entspricht dem gesamten Aufwand des Bauherrn für sein Bauwerk. Nach erneuter Überprüfung besteht nach allem keine Veranlassung für den Senat, seine Rechtsprechung zu dieser Streitfrage zu ändern.

Soweit der Notar die Annahme solcher Angebote erklärt [richtig wohl: beurkundet] hat, gelten für die Berechnung des Geschäftswertes die vorstehenden Ausführungen entsprechend, allerdings ist, weil jeweils nur ein Interessent eines der verschiedenen Angebote angenommen hat, nur der Aufwand für sein Bauwerk maßgeben; insoweit findet § 44 Abs. 2 a KostO keine Anwendung.

23. KostO § 21 Abs. 2, §§ 36, 39 Abs. 1, § 44 Abs. 1 (*Zur Kostenbewertung von Bauherrenmodellen*)

1. Wird im Rahmen der Errichtung einer Eigentumswohnanlage nach einem Bauherrenmodell die Begründung von Wohnungseigentum und ein Gesellschaftsvertrag der Bauherren zusammen beurkundet, so betreffen alle Erklärungen denselben Gegenstand.

2. Der Wert der Begründung von Wohnungseigentum richtet sich nach dem halben Wert des Grundstücks nach durchgeführter Bebauung. Der Wert des Gesellschaftsvertrages besteht in einem angemessenen Bruchteil der Gesamtaufwendungen aller Bauherren; er ist regelmäßig geringer als der halbe Wert des bebauten Grundstücks. Der Geschäftswert der Beurkundung bemißt sich nach dem höheren Wert.

BayObLG, Beschluß vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 141/79 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Rechtsanwalt H. war Initiator des aus 56 Wohnungseigentumseinheiten bestehenden Bauprojekts „Zentrum B.", das auf seinem Grundstück Fl.Nr. 75 der Gemarkung K. im Rahmen eines sog. Bauherrenmodells erstellt werden sollte.

Zur Durchführung des Bauprojekts wurde die Firma H. GmbH gegründet (nachfolgend als GmbH bezeichnet) und als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer Rechtsanwalt H. bestellt, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

2. Rechtsanwalt H. und die GmbH machten den künftigen Bauherren ein von dem beteiligten Notar beurkundetes Generalangebot. Rechtsanwalt H. bot darin den Kauf seines Grundstücks an; die GmbH bot den Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages (Baubetreuungsvertrages) an, wobei ein Gesamthöchstpreis des Bauvorhabens genannt worden ist. Nach Abschnitt 3 der Urkunde erteilten die Bauherren (Angebotsempfänger) Rechtsanwalt H. sowie der GmbH Vollmachten, die u.a. zur Bestellung von Grundpfandrechten samt persönlicher Schuldübernahme und Zwangsvollstreckungsunterwerfung sowie zur Vereinbarung der Zwischenfinanzierung durch die örtliche Sparkasse ermächtigten.

3. Am 29.12.1978 beurkundete der beteiligte Notar schließlich einen Vertrag über die Begründung von Teileigentum, die Errichtung einer Gemeinschaftsordnung sowie über die Gründung einer Bauherrengemeinschaft (URNr. 300/78). Urkundsbeteiligter war Rechtsanwalt H., der im eigenen Namen sowie als Geschäftsführer der GmbH handelte. Die GmbH wiederum handelte „vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung für die Bauherren" des Zentrums B.

In Abschnitt 1 ist die Aufteilung in Sondereigentum beurkundet worden.

In den Abschnitten 2 bis 16 enthält die Urkunde eine Gemeinschaftsordnung. In Abschnitt 17 heißt es:

Es wird bewilligt und beantragt, in das Grundbuch die Teilung des Grundstücks gemäß Abschnitt 1 dieser Urkunde (in Verbindung mit ihrer Anlage 1) und die Bestimmung der Abschnitte 2 mit 16 als Inhalt des Sondereigentums einzutragen.

Der mit „Bauherrengemeinschaft als Gemeinschaft des Bürgerlichen Rechts" überschriebene Abschnitt 18 lautet:

a) Die Bauherren schließen sich hiermit zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts — Bauherrengemeinschaft — zusammen, deren Gegenstand die Bebauung des Grundstücks Fl.Nr. 75 sowie die Sicherstellung der Bauherrenrechte ist. Die Bauherrengemeinschaft kann insbesondere eine Abweichung von der vorhandenen Planung beschließen.

b) Die Bauherrengemeinschaft bestellt zu ihrer alleinigen Geschäftsführerin hiermit die Firma H. GmbH. Diese Firma ist bevollmächtigt, die Bauherrengemeinschaft nach außen hin zu vertreten und ihre Rechte wahrzunehmen.

c) Die Gesellschafter leisten keine Einlage. Ein Gesellschaftsvermögen entsteht nicht. Kein Gesellschafter haftet für die Verpflichtungen der übrigen Bauherren.

d) Die Willensbildung der Gesellschafter vollzieht sich in Gesellschafterversammlungen. ...

e) Die Gesellschaft endet mit Zweckerreichung, das heißt mit der Fertigstellung des gesamten Bauvorhabens. Beim Tode eines Gesellschafters wird sie mit Erben fortgesetzt.

Nach Abschnitt 20 der Urkunde trägt „die Bauherrengemeinschaft" die Kosten dieser Urkunde und ihres grundbuchamtlichen Vollzugs.

4. Für die Beurkundung der „Begründung von Teileigentum" forderte der Notar zunächst von der GmbH Kosten von insgesamt 12.910,80 DM. Am 23.3.1979 erteilte der beteiligte Notar der GmbH eine berichtigte höhere Kostenberechnung.

Zur Begründung führte der Notar aus, bei seiner ersten Kostenberechnung sei er davon ausgegangen, daß nur die vertragliche Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum zu bewerten sei. Er schließe sich jedoch der Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse an, wonach für die Bestimmung des Geschäftswertes die gemeinsame gesellschaftsvertragliche Verpflichtung aller Bauherren zur Errichtung des Bauwerks maßgebend sei. Sie komme hier in Abschnitt 18 der Urkunde zum Ausdruck. Der Teilungsvertrag sei „Durchführungserklärung" im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO; hier sei Bewertungsfreiheit gegeben.

5. Gegen diese (berichtigte) Kostenberechnung legte die GmbH Beschwerde ein. Die Berechnung sei nicht richtig; es sei nur „die Hälfte zu berechnen".

6. Das Landgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück; es ließ die weitere Beschwerde zu.

Zur Begründung führte das Landgericht unter Berücksichtigung einer von ihm erholten Stellungnahme der Notarkasse aus:

Die mehreren beurkundeten Erklärungen hätten denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO betroffen. Zentraler Gegenstand des gesamten Vertragswerkes sei der Zusammenschluß der Bauherren zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gewesen; die Verpflichtung, das zu erwerbende Grundstück gemaß § 3 WEG in Wohnungseigentum aufzuteilen, und die Schaffung der Gemeinschaftsordnung hätten nur der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks, das Bauvorhaben gemeinsam zu realisieren gedient. Zu bewerten sei daher nur der Gesellschaftsvertrag. Für die Begründung von Wohnungseigentum gelte zwar an sich die besondere Wertvorschrift des § 21 Abs. 2 KostO; erst die Gesellschaftsgründung ermögliche jedoch die Bildung von Wohnungseigentum; sie gehe dieser damit vor und könne folglich bewertungsmäßig nicht von der Bestimmung des § 21 Abs. 2 KostO erfaßt werden. Der Wert des Gesellschaftsvertrages bestimme sich gemäß § 39 Abs. 1 KostO nach dem Gesamtaufwand der Bauherren, also nach Grundstückspreis und Baukosten zuzüglich Baunebenkosten, wie das Honorar an den Baubetreuer. Da die dem Gesamtbauaufwand zugrundeliegenden Zahlen unstreitig seien, sei die Gebührenrechnung des Notars vom 23.3.1979 nicht zu beanstanden.

7. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der GmbH.

Aus den Gründen:

1. Die vom Landgericht zugelassene und von der durch die landgerichtliche Entscheidung beschwerten GmbH, der Beteiligten zu 1), frist- und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Über sie hat das Bayer. Oberste Landesgericht zu entscheiden (§ 199 Abs. 1 FGG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 AGGVG). Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

2. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundeten Erklärungen der Urkundsbeteiligten bezogen haben (§§ 141, 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Hat ein Notar in eine Urkunde mehrere Erklärungen aufgenommen, die denselben Gegenstand haben, so wird die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Gegenstandes nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO).

Der beteiligte Notar hat am 29.12.1978 in einer Urkunde die Begründung von Wohnungseigentum samt Gemeinschaftsordnung sowie einen Gesellschaftsvertrag der künftigen Bauherren beurkundet. Das Landgericht ist der Auffassung, daß die sämtlichen beurkundeten Erklärungen denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO betroffen haben. Das hält der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Wann mehrere Erklärungen in einer Urkunde denselben Gegenstand betreffen, ist im Gesetz nicht näher definiert. Es beschränkt sich darauf, als Beispiele einer Gegenstandsgleichheit den Kauf und die Auflassung sowie die Schuldererklärung und die zur Hypothekenbestellung erforderlichen Erklärungen zu nennen (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO). Es ist jedoch anerkannt, daß die mehreren, denselben Gegenstand betreffenden Erklärungen zweier oder mehrerer Urkundsbeteiligter in Bezug auf dasselbe Recht bzw. Rechtsverhältnis abgegeben sein müssen; es ist nicht entscheidend, ob sich die Erklärungen auf ein oder mehrere Wirtschaftsgüter beziehen (BayObLGZ 1978, 345/347; 1980, 271/273; OLG Hamm Rpfleger 1980, 122; *Korintenberg/Ackermann/Lappe* KostO 9. Aufl. — KAL — Rdnr. 14, *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Anm. III A, *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. — BKB — Anm. 6, *Hartmann* Kostengesetze 20. Aufl. KostO Anm. 2 A, je zu § 44). Bei der Beantwortung der Frage, wann Gegenstandsgleichheit gegeben ist, ist maßgebend darauf abzustellen, in welchem Grad eines inneren Zusammenhangs die in einer Urkunde enthaltenen mehreren Erklärungen stehen. Je mehr das beurkundete weitere Geschäft von einem Hauptgeschäft abhängt, um so eher ist eine Gegenstandsgleichheit gegeben (vgl. dazu BayObLGZ 1960, 124/130 f.; KG JR 1964, 386/387 = JurBüro 1964, 823; OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 378 = JurBüro 1980, 118). Deshalb sind gegenstandsgleich insbesondere Erklärungen, die der Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses dienen, einschließlich aller Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte auch seitens dritter Personen oder zugunsten dritter Personen (BayObLGZ 1960, 124/130; 1978, 345; 1980, 271/273; OLG Frankfurt DNotZ 1977, 503; OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 378; OLG Hamm Rpfleger 1980, 122; BKB Anm. 6, *Hartmann* Anm. 2 A, KAL Rdnr. 14, *Rohs/Wedewer* Anm. III A, je zu § 44; *Göttlich/Mümmler* KostO 7. Aufl. S. 745). Ist ein enger innerer Zusammenhang zu bejahen, so können auch Erklärungen, die mehrere Rechtsverhältnisse betreffen, gegenstandsgleich im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO sein. Das ist dann der Fall, wenn die Vertragspartner zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zieles mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise miteinander verbunden haben, daß ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht; in diesem Falle sind die einzelnen Teile (Verträge) kostenrechtlich nicht für sich getrennt, sondern als Ganzes zu bewerten (KG DNotZ 1940, 201; *Rohs/Wedewer* § 44 Anm. III B a 17; vgl. auch OLG Frankfurt DNotZ 1955, 265).

b) Die Errichtung von Eigentumswohnungen im Rahmen eines sog. Bauherrenmodells bedingt den Abschluß mehrerer Verträge. Das Hauptgeschäft ist der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages der Bauherren; er ist das Basisverhältnis bei sog. großen Bauherrenmodell (*Reithmann/Brych/Manhart* Kauf vom Bauträger 4. Aufl. Rdnr. 371 ff.; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579/588; *Maser* NJW 1980, 961/962; *Fleischmann* Betrieb Beilage Nr. 9/81 S. 1/2). Weitere Verträge — Erwerb eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück, Baubetreuungsvertrag, Verträge im Zusammenhang mit der Finanzierung sowie Garantieverträge — stehen mit diesem Hauptgeschäft in einem engen inneren, insbesondere wirtschaftlichen Zusammenhang. Ohne den Gesellschaftsvertrag würden die weiteren Geschäfte nicht zustandekommen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Eigentumswohnungen werden heute privaten Kapitalanlegern oder sonstigen Interessenten in zwei Formen angeboten: Beim sog. Ersterwerber-Modell (Käufer-Modell) kauft der Erwerber die bereits erstellte Eigentumswohnung, um sie selbst zu nutzen oder zu vermieten (vgl. z. B. *v. Heymann* Betrieb 1981, 563). Beim sog. Bauherren-Modell ist der Interessent aus steuerlichen Gründen selbst Bauherr (vgl. zu diesem Begriff: BGH NJW 1978, 1054 [= DNotZ 78, 344]; BFH BStBl. 1980 II S. 441/443 [= MittBayNot 1980, 130]; BayObLG Betrieb 1979, 1408 [= MittBayNot 1979, 82]; vgl. ferner zur steuerlichen Seite: Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Hannover vom 2.10.1978 über die Anerkennung der Bauherreneigenschaft und von Verlusten aus Vermietung und Verpachtung auf Grund der Errichtung von Eigentumswohnungen sowie von Ein- und Mehrfamilienhäusern nach sog. Bauherrenmodellen, Betrieb 1978, 2047 ff. und neuestens Schreiben des Bundesministers der Finanzen betreffend Negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung im Rahmen von sog. Bauherren- und Erwerbermodellen vom 13.8.1981 — BStBl. I S. 604 —; *Görlich* Der Bauherrenbegriff — ein „steuerliches" Tatbestandsmerkmal ohne Gesetzesgrundlage, BB 1981, 1451; *Schmider* Zur Berücksichtigung von Verlusten im Bauherren-Mietkauf-Modell, Betrieb 1979, 806; *Turnbull/Irrgang* Grunderwerbsteuerbefreiung bei Errichtung von Wohnungen im Bauherrenmodell, Betrieb 1981, 496; *Fleischmann* aaO). Die Bauherrengemeinschaft wird in der Weise erlangt, daß ein Anbieter, auch Promoter (vgl. *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 370) oder Initiator (*v. Heymann* aaO S. 565) genannt, ein Grundstück mehreren Interessenten zur Bebauung zur Verfügung stellt (vgl. *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 369). Diese Personen bilden als Bauherren — oft unter Beteiligung des Anbieters, bis genügend Bauherren gefunden sind (vgl. *Reithmann/Brych/Manhart* aaO) — eine „Aufbaugemeinschaft". Sie wird mitunter in der Form einer Kommanditgesellschaft (sog. Hamburger Modell), in der Regel aber — wie hier — in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) errichtet (sog. Kölner Modell; dazu *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 127; *Locher* Das private Baurecht 2. Aufl. Rdnr. 398; *Krämer* Die Vertretungsklausel beim Bauherrenmodell, AnwBl. 1980, 332; *v. Heymann* Betrieb 1981, 563; vgl. auch *Maser* NJW 1980, 961 ff.; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579 ff.). Die Gesellschaft wird in der Regel als sog. Innengesellschaft errichet. Die Gesellschafter verpflichten sich, das aus Plänen und einer Baubeschreibung ersichtliche Bauwerk gemeinsam zu erstellen (*Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 376; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579/589; *Maser* NJW 1980, 961/962). Zur Leistung von Beiträgen werden sie jedoch nicht verpflichtet, ein Gesellschaftsvermögen wird nicht gebildet. Das insoweit dispositive bürgerliche Recht über die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) läßt dies zu (RGZ 80, 268/271; BGH WPM 1962, 1086; *Lauer* WPM 1980, 786/787; vgl. auch BGH WPM 1979, 774 [= DNotZ 1979, 537]).

Neben diesem Zweck und neben sonstigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Gesellschafterversammlung, Austritt und Ausschluß eines Gesellschafters sowie Ende der Gesellschaft) regeln derartige Verträge überwiegend — zum Teil ausführlich, teilweise nur in der Grundkonzeption — bauorganisatorische Fragen sowie Finanzierung und Haftung (vgl. dazu *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 376; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579/589; *Maser* NJW 1980, 961/962). Ferner wird unter den Bauherren die Verpflichtung zur Aufteilung in Wohnungseigentum und zur Verteilung der einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechte auf die Bauherren festgelegt (*Reithmann/Brych/Manhart* sowie *Wolfsteiner* je aaO). Da sie in der Regel die Bauorganisation nicht selbst übernehmen, kann in dem Gesellschaftsvertrag oder auch gesondert die Baubetreuung durch den Anbieter (Initiator, Promoter) oder einen Dritten niedergelegt werden; diesem Baubetreuer werden bereits — u.U. unwiderrufliche — Vollmachten erteilt (*Reithmann/Brych/Manhart* sowie *Wolfsteiner* je aaO). Anstelle eines Baubetreuers oder neben ihm kann auch die Einschaltung eines Treuhänders vorgesehen sein, der ebenfalls umfangreiche Vollmachten erhält (vgl. *v. Heymann* Betrieb 1981, 563/564). Eine solche umfassende Vollmacht soll gegenüber der Finanzverwaltung den Nachweis erbringen, daß der Treugeber tatsächlich der „Bauherr" ist.

Zu dieser Mehrheit von Verträgen (Grundstückskaufvertrag, Gesellschaftsvertrag, Baubetreuungsvertrag und/oder Treuhändervertrag) kann auch noch die Vereinbarung bestimmter Garantien treten (z. B. Zinsgarantie, Erstvermietungsgarantie, Rückkaufgarantie, Mietpreisgarantie — vgl. *Schmider* Betrieb 1979, 806 —). Unterschiedlich ist dabei in der Praxis die Koppelung der einzelnen Verträge.

c) Auch in der hier zu bewertenden Urkunde kommt dem Gesellschaftsvertrag zentrale Bedeutung zu. Ohne ihn wäre nicht die Begründung von Wohnungseigentum beurkundet worden. Alle Erklärungen stehen in einem rechtlichen Zusammenhang, weil sie nach dem Willen der Beteiligten derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen" sollen (so BGHZ 78, 346/349 = DNotZ 1981, 115 = MittBayNot 1980, 198 für den Fall eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen einem Bauvertrag und einem Grundstückserwerbsvertrag).

Die vom Notar beurkundeten Erklärungen über die Bildung von Wohnungseigentum dienten nur der Teilverwirklichung der gemeinsamen Absicht aller (damals noch unbekannten) Bauherren, in gesellschaftlicher Verbundenheit das Bauprojekt „Zentrum B." zu errichten.

Der Notar hat hier somit gegenstandsgleiche Erklärungen beurkundet.

3. Nicht gefolgt werden kann allerdings der vom Landgericht gebilligten Wertbemessung des Notars.

a) Ist — wie hier — Gegenstandsgleichheit mehrerer beurkundeter Erklärungen gegeben, die einen verschiedenen Wert haben, so wird bei gleichem Gebührensatz die Gebühr nur nach dem höchsten Wert berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO; vgl. KAL Rdnr. 198).

Der Wert der hier beurkundeten gegenstandsgleichen Erklärungen, nämlich des Gesellschaftsvertrages und der Begründung von Wohnungseigentum (einschließlich zugehöriger Gemeinschaftsordnung), bestimmt sich gemäß § 39 Abs.

1 KostO nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die jeweils beurkundete Erklärung bezieht. Für die Ermittlung dieses Wertes ist auf die einzelnen Bewertungsvorschriften der Kostenordnung zurückzugreifen (KAL § 39 Rdnr. 2).

b) (1) Der Wert der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum richtet sich gemäß § 21 Abs. 2 KostO nach der Hälfte des Wertes des bebauten Grundstücks, auch wenn dieses erst bebaut werden muß (OLG Düsseldorf Rpfleger 1970, 445 = JurBüro 1970, 972; OLG Hamm DNotZ 1972, 115/117 = JurBüro 1971, 446/447; KAL Rdnr. 12, *Rohs/Wedewer* Anm. II d, BKB Anm. 7, je zu § 21 KostO; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl. §§ 61/62 Rdnr. 212). Der halbe Grundstückswert ist dabei nach § 19 Abs. 2 KostO zu ermitteln. Der Einheitswert ist also nicht maßgebend, wenn sich ein höherer Wert nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO feststellen läßt. Das ist hier nach den Angaben der Beteiligten der Fall. Rechtsanwalt H. hat sein Grundstück zu einem bestimmten Preis zum Kauf angeboten. Dieser Kaufpreis ist ein Faktor für die Bewertung. Zur Ermittlung des Wertes der Aufbauten können die Gesamtbaukosten herangezogen werden (OLG Hamm aaO).

(2) Verträge über die Gründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts haben eine Vereinigung von Leistungen und nicht deren Austausch zum Gegenstand, so daß die Wertvorschrift des § 39 Abs. 2 KostO ausscheidet. Einschlägig ist vielmehr auch hier § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO. Im Regelfall haben die Gesellschafter Geld und/oder Sacheinlagen zu erbringen (§ 705 BGB). Deren zusammengerechneter Wert bestimmt den Geschäftswert der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages (BayObLGZ 1962, 281/289; Senatsbeschluß vom 18.8.1978 — BReg. 3 Z 106/77 —; OLG Hamm DNotZ 1974, 493/494; OLG Stuttgart AnwBl. 1976, 439/440; OLG Düsseldorf JurBüro 1978, 1865 [= DNotZ 1979, 244 m. Anm. *Etzbach*]; OLG Karlsruhe BWNotZ 1979, 70; BKB Anm. 4, KAL Rdnr. 47, *Hartmann* Anm. 5, *Rohs/Wedewer* Anm. III a 1, je zu § 39; *Göttlich/Mümmler* S. 486).

Trifft jedoch die Gesellschafter, wie hier, keine Pflicht zur Leistung von Einlagen, so sind die sonstigen Leistungen, die nach dem Vertrag zu erbringen sind, zu bewerten. Im vorliegenden Vertrag haben sich die Gesellschafter zur Errichtung des Bauprojekts „Zentrum B." und zur Sicherstellung der Bauherrenrechte zusammengeschlossen. Auch wenn dies im Wortlaut des Vertrags nicht zum Ausdruck kommt, so ist doch darin eine Mitwirkungspflicht enthalten, die nach dem Gesamtkonzept erforderlichen Verträge abzuschließen. Die Gesellschafter sind ferner berechtigt und verpflichtet worden, erforderlichenfalls eine Abweichung von der bereits vorhandenen Bauplanung zu beschließen. Jeder Gesellschafter sollte nur für seine anteiligen Baukosten haften; die Haftung für Verpflichtungen der übrigen Bauherren ist ausdrücklich ausgeschlossen worden. Der Wert des gesellschaftlichen Zusammenschlusses der Bauherren besteht also in dem Rückhalt, den jeder an der vertraglichen Verpflichtung der anderen Bauherren hat, gleichfalls einen dem künftigen Eigentum entsprechenden Anteil der Gesamtaufwendungen zu tragen. Für die Bewertung eines solchen Gesellschaftsvertrages enthalten die allgemeinen Wertvorschriften der §§ 18 bis 29 KostO keine Regelung. Es ist deshalb auf § 30 KostO zurückzugreifen (KAL § 39 Rdnr. 2). Da hier eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit vorliegt und da ferner genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung gegeben sind, ist der Wert gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Als tatsächliche Anhaltspunkte, als Beziehungswert (KAL Rdnr. 9 *Rohs/Wedewer* Anm. II a, je zu § 30), für die Bewertung eines nach dem Bauherrenmodell geschlossenen Gesellschaftsvertrages können die Gesamtaufwendungen dienen, die für die gemeinsame Bauerstellung erforderlich sind.

Für die Ableitung des Geschäftswertes aus dem Beziehungswert kann hier auf die Grundsätze für die Bewertung einer Bauverpflichtung im Zusammenhang mit einem Grundstückskauf zurückgegriffen werden; denn nach dem Gesellschaftsvertrag sind die Bauherren zur Errichtung der Wohnanlage gegenseitig verpflichtet. Nach überwiegender Auffassung ist — jedenfalls bei vertraglich festgelegtem Bauaufwand — maßgeblicher Anhaltspunkt für die Bewertung der Bauverpflichtung der Bauaufwand. Der Geschäftswert bestimmt sich nach einem Bruchteil dieses Aufwandes (vgl. z. B. OLG Frankfurt DNotZ 1968, 383; DNotZ 1977, 502 = JurBüro 1977, 1126; OLG Oldenburg DNotZ 1967, 698; KAL Rdnr. 17, *Rohs/Wedewer* Anm. II 8, *Hartmann* Anm. 1 D., je zu § 30 KostO; *Göttlich/Mümmler* S. 125; *Mümmler* JurBüro 1975, 1441 ff., 1582 ff. und JurBüro 1977, 1127; vgl. auch OLG Hamm DNotZ 1979, 182 = JurBüro 1979, 419 [≙ MittBayNot 1979, 38 — Leitsatz —]). Bei der Feststellung des Bruchteils sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Hier ist entsprechend die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des zwischen den Bauherren geschlossenen Gesellschaftsvertrags heranzuziehen. Ohne das gesellschaftliche Zusammenwirken aller Bauherren ließe sich das beabsichtigte Bauprojekt auch nicht teilweise verwirklichen. Daraus folgt, daß der Gesellschaftsvertrag höher zu bewerten ist als eine Bauverpflichtung, die nur gegenüber dem Verkäufer eines Grundstücks übernommen worden ist.

Den angemessenen Bruchteil der Gesamtbaukosten, nach dem sich der Wert des Gesellschaftsvertrages bemißt, braucht der Senat hier nicht ziffernmäßig festzulegen. Der Wert liegt jedenfalls unter der Hälfte der Gesamtbaukosten.

Für die Gebührenrechnung nach § 44 Abs. 1 KostO ist somit der Wert der Begründung des Wohnungs- und Teileigentums maßgebend (vgl. dazu KAL § 44 Rdnr. 198).

4. Da das Landgericht rechtsirrig den Geschäftswert nach der vollen Höhe der Gesamtaufwendungen aller Bauherren des Projekts „Zentrum B." bemessen hat, kann seine Entscheidung keinen Bestand haben.

---

24. KostO § 21 Abs. 2, § 39 Abs. 4, § 44 Abs. 1, § 16 Abs. 1, § 141 (*Zur Kostenbewertung von Bauherrenmodellen*)

1. Wird im Rahmen der Errichtung einer Eigentumswohnanlage nach einem Bauherrenmodell ein Gesellschaftsvertrag beurkundet, der die Gesellschafter auch verpflichtet, bei der Aufteilung in Wohnungseigentum mitzuwirken, so betreffen alle Erklärungen denselben Gegenstand.

2. Der Wert der Mitwirkungspflicht richtet sich nach dem halben Wert des Grundstücks nach durchgeführter Bebauung. Beträgt dieser (halbe) Wert mehr als 10 Millionen DM, so bleibt für den Geschäftswert der Beurkundung der Wert der sonstigen Erklärungen zum Gesellschaftsvertrag außer Betracht, da die Höchstgrenze von 10 Millionen auch bei der Begründung einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft gilt und nur der höchste Wert maßgebend ist.

BayObLG, Beschluß vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 1/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Firma I. GmbH (im folgenden als Firma I. bezeichnet) war Initiatorin des aus 241 Wohnungseigentumseinheiten bestehenden Bauprojekts „B.-Hof" in M., das im Rahmen eines sog. Bauherrenmodells erstellt werden sollte. Die Baubetreuung wurde der Firma M. GmbH (nachfolgend als GmbH bezeichnet) übertragen.

2. Die Beteiligte zu 1) wollte nach dem Kauf eines 3,91/1000 Anteils an dem Baugrundstück die Wohnung Nr. 135 erwerben. Zu diesem Zweck machte sie der GmbH ein notariell beurkundetes Angebot auf Abschluß eines Treuhand- und Betreuungsvertrages. Dessen § 1 Nr. 1 lautet u.a.:

Der Auftraggeber beauftragt den Bevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner Interessen und der Vornahme aller tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die unmittelbar oder mittelbar dem Erwerb eines Miteigentumsanteils am WE-Grundstück, der Bauplanung, der Erreichung der Baugenehmigung, der Bebauung, der Aufteilung in Miteigentumsanteile verbunden mit Sondereigentum nach dem WEG — einschließlich der Begründung von Sondernutzungsrechten — dienen, Finanzierungsgrundpfandrechte für den Bauherrn zu bestellen einschließlich der Abgabe von Schuldbekenntnissen in Höhe dieser Grundpfandrechte samt Nebenleistungen, und dabei für ihn alle Aufgaben zu übernehmen, die mit den vorgenannten Rechten und Pflichten eines Bauherren zusammenhängen und ihn dabei umfassend in allen rechtlichen und steuerlichen Angelegenheiten zu betreuen.

Dies umfaßt insbesondere

a) den Grundstückskaufvertrag mit den Mindestanforderungen gemäß Anlage I Abschnitt D., den Gesellschaftsvertrag der Bauherrn und den Vertrag zur Begründung von Wohnungs- und Teileigentum nach § 3 bzw. § 8 WEG samt Gemeinschaftsordnung und Bestellung des ersten Verwalters im Namen und für Rechnung des Bauherrn vorzubereiten und abzuschließen ...

...

Der Inhalt des abzuschließenden Gesellschaftsvertrages der Bauherren ergibt sich aus der Anlage III.

Nach § 6 des Angebots hatte der Bevollmächtigte alle Verträge grundsätzlich so abzuschließen, daß der Auftraggeber nur im Rahmen des aus der Anlage II ersichtlichen Gesamtaufwandes verpflichtet wurde. Nach § 6 Nr. 2 sind in diesem Gesamtaufwand nicht enthalten und vom Bauherren gesondert zu zahlen u.a. Notarkosten für die gegenwärtige Angebots- und Vollmachtsurkunde, die Angebotsannahme sowie für die zu errichtenden Urkunden (insbesondere Kaufvertrag, Bauherrengesellschaftsvertrag und Vertrag über die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum).

In der Anlage II waren die Aufwendungen der Beteiligten zu 1) zusammengefaßt.

Dieses Angebot nahm die GmbH am 15.1.1981 zu notarieller Urkunde an.

3. Der beteiligte Notar beurkundete am 6.5.1981 einen Gesellschaftsvertrag der „Bauherrengemeinschaft „B.-Hof". An dem Vertragsabschluß beteiligten sich die in einer Anlage als Käufer aufgeführten Personen — darunter war die Beteiligte zu 1) —, die durch die GmbH vertreten wurden, sowie die Firma I.; diese trat deshalb als Bauherr auf, weil sie noch nicht alle Miteigentumsanteile verkauft hatte. Die §§ 1 mit 6 der Ziff. II des Gesellschaftsvertrages lauten (übereinstimmend mit Anlage III zum Treuhand- und Betreuungsvertrag):

§ 1
Rechtsform

Die Bauherren bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Die Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, die kein eigenes Vermögen erwirbt und nicht am Rechtsverkehr teilnimmt. Die Bauherren leisten keine Beiträge.

§ 2
Zweck der Gesellschaft

Zweck der Gesellschaft ist die Wahrnehmung aller Aufgaben, die gemeinschaftlich erfüllt werden müssen, damit das nachfolgend bezeichnete Bauobjekt errichtet werden kann.

§ 3
Bauobjekt

Die Bauherren verpflichten sich gegenseitig, unverzüglich auf dem in Ziffer I 1) genannten Grundbesitz, das in Ziffer I 2) genannte Bauwerk zu errichten, das durch die ihnen bekannten Baupläne gekennzeichnet ist.

Änderungen sind zulässig, wenn sie sich zur Erlangung der Baugenehmigung oder im Zug der Baudurchführung als wirtschaftlich oder technisch zweckmäßig erweisen, die Wertverhältnisse nicht erheblich verändern und von einem verständigen Bauherrn genehmigt würden. Durch Mehrheitsbeschluß können auch andere Änderungen am Bauvorhaben beschlossen werden; das Sondereigentum der Gesellschafter, die nicht zugestimmt haben, darf jedoch durch solche Änderungen nicht beeinträchtigt werden; für diese Gesellschafter dürfen sich auch keine höheren Kosten ergeben.

§ 4
Baudurchführung

1. Die Architekten- und Ingenieurleistungen sowie die Baudurchführung ist der Firma W. AG als Generalunternehmer zur schlüsselfertigen Herstellung gemäß deren Angebot vom 30.10.1980 (Anlage zur Urkunde des Notars X vom 3.12.1980) zu übertragen.

2. Mit der Baudurchführung ist unverzüglich zu beginnen; der Bau ist zügig fertigzustellen.

3. Die Gesellschafter tragen von dem Gesamtaufwand für die Wohnungen und Pkw-Abstellplätze Beträge, wie sie jeweils in den notariell beurkundeten Aufträgen an den Treuhänder ausgewiesen und in den Anlagen I und II aufgeführt sind. Die Summe dieser Beträge deckt den Gesamtaufwand.

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß stets die zur Bezahlung der laufend erbrachten Bauleistungen notwendigen Gelder zur Verfügung stehen. Er hat zu diesem Zweck die vom Treuhänder jeweils angeforderten Mittel unverzüglich bereitzustellen.

§ 5
Aufteilung in Wohnungseigentum

Die Aufteilung in Wohnungseigentum ist so früh wie möglich vorzunehmen. Jeder Gesellschafter ist zur Mitwirkung verpflichtet. Jedem Gesellschafter ist das in den jeweiligen Treuhandverträgen der Bauherrn mit dem Treuhänder festgelegte Wohnungseigentum nebst Pkw-Abstellplatz zuzuweisen.

Die I. erhält für ihre Miteigentumsanteile das in der Anlage II aufgeführte Wohnungseigentum nebst Pkw-Abstellplätzen.

§ 6
Geschäftsführung

Die Geschäftsführung obliegt dem Treuhänder.
Dieser ist nicht befugt, die Gesellschafter als Gesamtschuldner zu verpflichten.

Nach § 7 des Vertrages können die Gesellschafter über alle Angelegenheiten der Gesellschaft in Versammlungen Beschluß fassen, wobei „im Verhältnis der den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Miteigentumsanteils" abgestimmt wird; das Versammlungsrecht ist näher geregelt. Über die Verletzung der Gesellschafterpflichten bestimmt § 8:

Der Zweck der Gesellschaft kann nur erreicht werden, wenn alle Gesellschafter ihre Verpflichtungen aus diesem Gesellschaftsvertrag erfüllen und insbesondere ihren Teil der Gesamtkosten pünktlich bezahlen.

Gerät ein Gesellschafter mit der Zahlung von Kosten länger als zwei Monate in Verzug, wird in seinen Anteil am Grundstück die Zwangsvollstreckung betrieben oder trifft er Verfügungen über seinen Grundstücksanteil, die die Durchführung des gemeinsamen Bauvorhabens beeinträchtigen, so können die übrigen Gesellschafter beschließen, daß er seinen Grundstücksanteil an die übrigen Gesellschafter im Verhältnis von deren Miteigentumsanteilen oder — sofern der Treuhänder darin einwilligt — an ihrer Stelle auf den Treuhänder zu übertragen hat.

Zur Sicherung des hiermit begründeten Anspruchs des Treuhänders auf Übertragung jedes einzelnen Miteigentumsanteils bewilligt jeder Gesellschafter die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 BGB am Miteigentumsanteil. Der Treuhänder wird zur Antragstellung bevollmächtigt.

Es folgen sodann Bestimmungen über die Übertragung der Gesellschafterstellung (§ 9), über die Folgen des Todes eines Gesellschafters (§ 10) sowie über die Beendigung der Gesellschaft (§ 11).

4. Zu notariellen Urkunden wurden ebenfalls am 6.5.1981 die Grundstückskaufverträge der (damals vorhandenen) Mitglieder der Bauherrengemeinschaft beurkundet. Vereinbarungen über die Begründung von Wohnungseigentum wurden dabei nicht beurkundet.

5. Für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erteilte der Notar der Beteiligten zu 1) am 6.5.81 eine Kostenberechnung. Gegen diese Kostenberechnung wandte sich die Beteiligte zu 1) mit ihrer Beschwerde. Das Landgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück; es ließ die weitere Beschwerde zu. Gegen diese nur formlos mitgeteilte Entscheidung des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundeten Erklä-

rungen der Urkundsbeteiligten bezogen haben (§§ 141, 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Hat ein Notar in eine Urkunde mehrere Erklärungen aufgenommen, die denselben Gegenstand haben, so wird die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Gegenstandes nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO).

a) Der beteiligte Notar hat am 6.5.1981 einen Gesellschaftsvertrag der Bauherren beurkundet. In § 5 dieses Vertrages werden die Gesellschafter verpflichtet, bei der Aufteilung in Wohnungseigentum mitzuwirken; jedem Gesellschafter sollte das in den jeweiligen Treuhandverträgen der Bauherren festgelegte Wohnungseigentum nebst Pkw-Stellplatz zugewiesen werden. Ob diese — innerhalb des Gesellschaftsvertrages eingegangene Verpflichtung bereits als Vertrag im Sinne des § 4 Abs. 3 WEG zu werten ist oder ob sie nur einen auf die Begründung von Wohnungseigentum gerichteten Vorvertrag darstellt, kann offen bleiben. Entscheidend ist nur, daß der Notar in einer Urkunde nicht nur den Gesellschaftsvertrag, sondern darüber hinausgehende Erklärungen beurkundet hat.

b) Das Landgericht ist der Auffassung, daß die sämtlichen beurkundeten Erklärungen denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO betroffen haben, wie sich aus der Verweisung auf seine ständige Rechtsprechung ergibt. Das hält der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4, § 550 ZPO) stand. (Wird ausgeführt; vgl. Punkt 1. a) bis c) der vorstehend auf S. 85 abgedruckten Entscheidung vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 141/79 —).

2. Nicht gefolgt werden kann allerdings der vom Landgericht gebilligten Wertbemessung des Notars.

a) Ist — wie hier — Gegenstandsgleichheit mehrerer beurkundeter Erklärungen gegeben, die einen verschiedenen Wert haben, so wird bei gleichem Gebührensatz die Gebühr nur nach dem höchsten Wert berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO; vgl. *Korintenberg/Ackermann/Lappe* KostO 9. Auflage — KAL — Rdnr. 198).

Der Wert der hier beurkundeten gegenstandsgleichen Erklärungen, nämlich des Gesellschaftsvertrages und der Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Aufteilung in Wohnungseigentum, bestimmt sich nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO.

b) (1) Selbst wenn es sich bei der Mitwirkungsverpflichtung nur um einen Vorvertrag handelt, so bemißt sich auch dessen Wert nach dem Wert des Hauptvertrages, der abgeschlossen werden soll (KG DNotZ 1942, 114; OLG Frankfurt DNotZ 1978, 570/571 [= MittBayNot 1977, 256]; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. — BKB — Anm. 4, *Rohs/Wedewer* Anm. III i, je zu § 36 KostO). Der Wert der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum richtet sich gemäß § 21 Abs. 2 KostO nach der Hälfte des Wertes des bebauten Grundstücks, auch wenn dieses erst bebaut werden soll (OLG Düsseldorf Rpfleger 1970, 445 = JurBüro 1970, 972; OLG Hamm DNotZ 1972, 115/117 = JurBüro 1971, 446/447; KAL Rdnr. 12, *Rohs/Wedewer* Anm. II d, BKB Anm. 7, je zu § 21 KostO; *Bärmann/Pick/Merle* Wohnungseigentumsgesetz 4. Aufl. §§ 61/62 Rdnr. 212). Der halbe Grundstückswert ist dabei nach § 19 Abs. 2 KostO zu ermitteln. Der Einheitswert ist dann nicht maßgebend, wenn sich ein höherer Wert nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO feststellen läßt. Das ist hier nach den Angaben der Beteiligten der Fall. Die Gesamtaufwendungen aller Bauherren für Grundstückserwerb sowie Bau- und Baunebenkosten betragen nach den Feststellungen des Landgerichts 60 Millionen DM. Diese Summe stellt den Wert des bebauten Grundstücks dar. Der halbe Grundstückswert beträgt demnach 30 Millionen DM.

(2) Der Gesellschaftsvertrag ist schon deshalb nicht höher zu bewerten als die Aufteilungsverpflichtung aufgrund des § 21 Abs. 2 KostO, weil für ihn der Höchstwert durch § 39 Abs. 4 KostO auf 10 Millionen DM begrenzt ist.

Auch bei der Beurkundung von Verträgen über die Gründung einer Personengesellschaft und somit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kommt § 39 Abs. 4 KostO zur Anwendung (BayObLGZ 1963, 141/151 f.; OLG Karlsruhe BWNotZ 1979, 70; BKB Anm. 5, *Rohs/Wedewer* Anm. VI b, je zu § 39; *Göttlich/Mümmler* S. 487; *Göttlich* JurBüro 1973, 91/96). Das Wort „Satzung" ist synonym mit Gesellschaftsvertrag (allgemeine Meinung, vgl. z. B. BayObLG und *Rohs/Wedewer* aaO). Beides bezeichnet die Organisationsregelung eines Personenzusammenschlusses. Die Wertgrenze des § 39 Abs. 4 KostO soll die Gründung privatrechtlicher Körperschaften und Gesellschaften nicht mit übermäßig hohen Gerichts- und Notarkosten belasten. Es spricht nichts dafür, daß dieser gesetzgeberische Grund zwar bei der Gründung etwa von Personenhandelsgesellschaften, nicht jedoch von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts zum Tragen kommen soll.

Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt die weitere folgende Überlegung: Werden Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans beurkundet, so darf die Gebühr 10.000 DM nicht überschreiten (§ 47 KostO); dies gilt nach allgemeiner Meinung auch für Organbeschlüsse von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (OLG München DNotZ 1940, 31; KAL Rdnr. 3 *Hartmann* Anm. 1, je zu § 47 KostO). In dem hier zu beurteilenden Fall haben die Bauherren die Versammlung der Gesellschafter als Organ der Gesellschaft geschaffen, das seine Beschlüsse mit Mehrheit faßt. Die kostenrechtliche Gleichbehandlung von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts mit Aktiengesellschaften usw. bei der Beschlußbeurkundung wäre nicht sinnvoll, wenn nicht auch die Beurkundung der Gründung beider Gesellschaften kostenrechtlich die gleiche Behandlung erfährt. Die Gebührenbegrenzung in § 47 KostO ist ebenso wie die Wertbegrenzung in § 39 Abs. 4 KostO aus dem Grund eingeführt worden, um die durch § 140 KostO (früher § 143 RKostO) beseitigte Möglichkeit des vormaligen Landesrechts, geringere als die gesetzlichen Gebühren zu vereinbaren, auszugleichen (*Pfundtner/Neubert* Das neue Deutsche Reichs-Recht II b 43, § 32 Anm. 5, § 41 Anm. 3; vgl. ferner BayObLGZ 1963, 141/151).

3. Da das Landgericht rechtsirrig den Geschäftswert nach der vollen Höhe der Gesamtaufwendungen aller Bauherren des Projekts „B.-Hof" bemessen hat, kann seine Entscheidung keinen Bestand haben.

Einer Zurückverweisung der Sache bedarf es indes nicht, weil der Senat an Hand der vorhandenen, nicht mehr ergänzungsbedürftigen Unterlagen selbst in der Sache abschließend entscheiden kann. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich ein Geschäftswert von 30 Millionen DM nach dem halben Grundstückswert (§ 21 Abs. 2 KostO).

4. Von den Kosten des Notars hat die Beteiligte zu 1) einen Anteil von 3,91/1000 zu zahlen. Die nur anteilmäßige Inanspruchnahme der Beteiligten zu 1) hat der Notar auch im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO beibehalten.

5. Der Einwand, der Notar könne diese Kosten nicht erheben, weil er die Beurkundungsangelegenheit unrichtig behandelt habe (§ 16 Abs. 1, § 141 KostO), greift nicht durch.

Eine unrichtige Sachbehandlung kann nur angenommen werden, wenn dem Gericht oder Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (BGH JVBl 1961, 36; BGH LM Nr. 2 zu § 7 GKG a.F. = NJW 1962, 2107; BAG AP Nr. 1 zu § 7 GKG 1957 sowie Nr. 5 zu § 7 GKG 1957 = BB 1973, 755; BayObLGZ 1981, 165/170 f. m.w.Nachw.).

a) Es war nicht pflichtwidrig, daß der Notar von der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nicht abgeraten hat.

Hier enthält § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages eine vertragliche Verpflichtung, die — wie oben dargelegt — mindestens als ein auf die Begründung von Wohnungseigentum gerichteter Vorvertrag anzusehen ist. Er ist ebenso formbedürftig, wie es auch der Hauptvertrag nach § 4 Abs. 3 WEG, § 313 BGB ist (RGZ 1969, 185/189; BGH LM Nr. 19 zu § 313 BGB; BGH NJW 1970, 1915/1916 und 1973, 517/518 [= MittBayNot 1973, 82]; *Bärmann/Pick/Merle* § 4 Rdnr. 11).

Im übrigen war die Beurkundung des gesamten Gesellschaftsvertrages aus folgenden Erwägungen angezeigt: Hat der Notar die Wahl zwischen dem billigeren und dem sichereren, aber kostspieligeren Weg, so kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er letzteren vorschlägt bzw. wählt (BGH DNotZ 1962, 263; *Keidel/Kuntze/Winkler* BeurkG § 17 Rdnr. 9; *Daimer/Reithmann* Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars 5. Aufl. Rdnr. 90 S. 46). Im Zeitpunkt der Beurkundung hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, ob nur der Grundstückskaufvertrag und der Aufteilungsvertrag (§ 313 BGB, § 4 Abs. 3 WEG) oder alle im Zusammenhang mit der Verwirklichung eines Bauobjekts nach einem Bauherrenmodell erforderlichen Verträge notariell beurkundet werden müssen, nicht geäußert. Der Bundesgerichtshof hat jedoch wiederholt entschieden, daß bei Vorliegen eines beurkundungsbedürftigen und eines an sich formfreien Vertrages beide zu beurkunden sind, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind: Maßgebend sind die Vorstellungen der Vertragsschließenden, daß die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen", daß sie somit kraft ihrer rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Verbindung Teile eines Gesamtgeschäfts bilden sollen (BGH MDR 1966, 749; BGHZ 50, 8/13 [= DNotZ 1968, 543]; BGH Betrieb 1970, 1591; BGH WPM 1974, 720 [= DNotZ 1975, 87]; BGH DNotZ 1976, 683). Zur Annahme eines einheitlichen und damit insgesamt beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts ist es nicht erforderlich, daß jedes demselben rechtlichen Geschäftstypus angehört oder daß an den — auch wesensungleichen — Rechtsgeschäften durchweg dieselben Personen beteiligt sind (BGH Betrieb 1955, 508; MDR 1966, 749; DNotZ 1976, 684/684; in jüngster Zeit: BGHZ 76, 43/49 [= DNotZ 1980, 409 = MittBayNot 1980, 62] und 78, 346/349 [= DNotZ 1981, 115]). So kann ein Bauvertrag und ein Grundstückserwerbsvertrag eine rechtliche Einheit bilden und demgemäß beurkundungsbedürftig sein (BGHZ 78, 346). Gleiches gilt, wenn ein Verpflichtungsvertrag über die Verschaffung (Übertragung) des Wohnungseigentums und ein Bebauungs- oder Betreuungsvertrag geschlossen werden (BGH DNotZ 1980, 344/348). In der Literatur wurde im Zeitpunkt der Beurkundung und wird auch jetzt überwiegend die Auffassung vertreten, daß das Gesamtbündel von Verträgen oder jedenfalls neben den Verträgen über den Grundstückskauf und über die Begründung von Wohnungseigentum auch der Gesellschaftsvertrag zu beurkunden ist (*Palandt/Heinrichs* BGB 40. und 41. Aufl. Anm. 5 a, *Kanzleiter* in Münchener Kommentar Rdnr. 46, *Staudinger/Wufka* BGB 12. Aufl. Rdnr. 100, je zu § 313 BGB; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 3 Anh. Rdnr. 6 und § 4 Rdnr. 5; *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 377; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579/588 f. und 1980, 349/352; *Maser* NJW 1980, 961/963; *Klaas* BauR 1981, 35/39).

Angesichts dieser Äußerungen in Rechtsprechung und Schrifttum brauchte der Notar von einer Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nicht Abstand zu nehmen.

b) Ohne Erfolg macht die Beteiligte zu 1) weiter geltend, der Vertrag über die Begründung von Wohnungseigentum hätte zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag beurkundet werden müssen.

Der Notar hat zwar grundsätzlich Zusammengehöriges in einer Urkunde niederzulegen, wenn dadurch den Beteiligten Komplikationen oder höhere Kosten erspart werden (KG DNotZ 1938, 322 und 612; OLG Oldenburg JurBüro 1964, 140; KG DNotZ 1976, 434 = Rpfleger 1976, 29; *Daimer/Reithmann* Rdnr. 90). Hier bestand jedoch aus folgenden Gründen keine Pflicht, den Gesellschaftsvertrag mit der Beurkundung der Teilungserklärung zusammenzufassen: Dem Notar war von den Urkundsbeteiligten der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages in Gestalt der Anlage III zum Treuhand- und Betreuungsvertrag mit dem Wunsch der Beurkundung vorgelegt worden. Nach § 5 dieses Vertrages sollte „die Aufteilung in Wohnungseigentum so früh wie möglich" vorgenommen werden. Daraus geht hervor, daß die Urkundsbeteiligten jedenfalls die Einräumung von Sondereigentum nach § 3 WEG zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages noch nicht für möglich oder noch nicht für wünschenswert hielten. Da die Käufer durch eine mit den Erfordernissen eines Bauherrenmodells vertraute Gesellschaft als bevollmächtigte Treuhänderin vertreten waren und da eine Überschreitung der Vollmachtsgrenzen nicht ersichtlich war, brauchte sich dem Notar ein Hinweis auf etwaige Kostenvorteile einer Zusammenbeurkundung nicht aufzudrängen.

Andererseits brauchte der Notar entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführerin mit der Protokollierung des Gesellschaftsvertrages nicht abzuwarten. Eine möglichst frühzeitige Bildung der Bauherrengemeinschaft ist sachgerecht. Sie bietet Gewähr für die gemeinsame Verwirklichung des Projekts und stellt vor allem auch dessen Finanzierung sicher. Hier war zudem nach dem eigenen Vortrag der Rechtsbeschwerdeführerin am Beurkundungstag (6.5.1981) bereits mit der Ausführung der Baumaßnahme begonnen. Ein Zuwarten konnte sogar u.U. steuerliche Nachteile mit sich bringen.

6. Nach alledem war die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Kostenrechnung des Notars abzuändern.

---

25. KostO § 30 Abs. 1, § 39 Abs. 1, § 44 Abs. 1 (*Zur Kostenbewertung von Bauherrenmodellen*)

1. Wird anläßlich des Erwerbs einer Eigentumswohnung in einer nach einem Bauherrenmodell zu errichtenden Wohnanlage ein Grundstückskaufvertrag zusammen mit einem Gesellschaftsgründungsvertrag und weiteren zugehörigen Verträgen beurkundet, so betreffen alle Verträge denselben Gegenstand. Grundlegender Vertrag ist der Gesellschaftsvertrag.

2. Der Geschäftswert des Gesellschaftsvertrages ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bemessen. Als Beziehungswert können die Gesamtaufwendungen aller Bauherren dienen. Als Geschäftswert ist — wie bei einer Bauverpflichtung — ein angemessener Bruchteil anzusetzen.

BayObLG, Beschluß vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 9/80 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Firma N. GmbH (nachfolgend als GmbH bezeichnet) warb für den Erwerb von Eigentumswohnungen im Rahmen eines sog. Bauherrenmodells. Von dieser Möglichkeit machten die Beteiligten zu 1) als erste Gebrauch. Sie boten daher dem Wirtschaftsprüfer Dr. H. in einer notariellen Urkunde des Beteiligten zu 2) vom 14.12.1978 den Abschluß eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages an, den dieser zu Urkunde desselben Notars vom 22.12.1978 annahm.

Der beteiligte Notar beurkundete ferner am 22.12.1978 einen zwischen der durch ihren Geschäftsführer S. vertretenen GmbH und den Beteiligten zu 1) geschlossenen Kauf-, Gesellschafts- und Baubetreuungsvertrag sowie weitere Verträge, die zwischen den Beteiligten zu 1) und anderen Vertragspartnern zustande kamen. Für die Beteiligten zu 1) handelte dabei der Treuhänder.

Es handelte sich um folgende Verträge:

(1) Die GmbH verkaufte aus einem von ihr erst noch zu erwerbenden Grundstück einen Miteigentumsanteil von 67,537/1000 an die Beteiligten zu 1) als Miteigentümer je zur Hälfte. Das Grundstück war mit einer Grundschuld zu 1.500.000 DM belastet, die für die Finanzierung des auf dem Grundstück zu errichtenden Bauvorhabens bestimmt war. Die Grundschuld übernahmen die Käufer in dinglicher Haftung und in Höhe von 170.000 DM auch in persönlicher Haftung; wegen dieser Zahlungsverpflichtung unterwarfen sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Weiter heißt es in der Urkunde (Abschnitt A X):

Der Verkäufer beabsichtigt, weitere Miteigentumsanteile des Grundstücks an weitere Personen zu verkaufen. Der Verkäufer und die sämtlichen weiteren Käufer von Miteigentumsanteilen beabsichtigen, gemeinsam als Bauherren mit den von ihnen jeweils erworbenen Miteigentumsanteilen des Grundstücks das Sondereigentum gemäß den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes zu verbinden und sodann das Grundstück mit einer Eigentumswohnanlage zu bebauen.

Zu diesem Zweck schließt der Käufer die in dieser Urkunde enthaltenen weiteren Verträge ab.

Der Verkäufer verpflichtet sich, die weiteren Miteigentumsanteile des Grundstücks nur an solche Personen zu veräußern, welche ihrerseits ebenfalls diese weiteren Verträge gleichen Inhalts abschließen. Soweit er diese Miteigentumsanteile nicht verkauft, tritt er selbst als Mitbauherr auf. Für ihn gilt dasselbe.

(2) In Abschnitt B der Urkunde wurde der Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft beurkundet. Er wurde wie folgt eingeleitet:

Der in dieser Urkunde genannte Käufer schließt mit den übrigen Personen, welche Miteigentumsanteile des in Ziffer A.I aufgeführten Grundstücks erwerben, den folgenden Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft ab, wobei alle Erwerber der Miteigentumsanteile des genannten Grundstücks im folgenden als „die Bauherren" bezeichnet werden:

Die §§ 1, 2 dieses Vertrages enthalten im wesentlichen folgende Regelungen:

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die die Bauherren bilden, ist eine Innengesellschaft; sie erwirbt kein eigenes Vermögen und nimmt nicht am Rechtsverkehr teil. Der Beitritt des Bauherrn und die Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte erfolgen durch den Treuhänder der Bauherren. Die Gesellschaft führt im Innenverhältnis den Namen „Bauherrengemeinschaft M."

Der mit „Gesellschafterbeiträge" überschriebene § 3 lautet:

Die Bauherren leisten keine Gesellschafterbeiträge; die Aufwendungen für den Bau werden von den einzelnen Gesellschaftern unmittelbar getragen. Zur Baufinanzierung darf jedoch das Grundstück mit Grundpfandrechten in der Weise belastet werden, daß das Gesamtgrundstück bis zum Abschluß der Baumaßnahme für die Baudarlehen haftet; die Gesellschafter dürfen aber nicht als Gesamtschuldner, sondern nur nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile am Grundstück verpflichtet werden.

Über den Zweck der Gesellschaft ist in § 4 bestimmt:

1. Ausschließlicher Zweck der Gesellschaft ist die einheitliche Wahrnehmung und Ausübung der Bauherrenrechte aller Bauherren, soweit dies für die Errichtung der Gesamtbaumaßnahme erforderlich erscheint. Jeder Gesellschafter ist der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Errichtung der geplanten Bauanlage und zur Aufteilung des Grundstücks im Sondereigentum gemäß Wohnungseigentumsgesetz erforderlich sind.

2. Insbesondere hinsichtlich nachfolgend aufgeführter Maßnahmen und Rechtshandlungen ist eine einheitliche Wahrnehmung und Ausübung der Bauherrenrechte erforderlich:

a) Festlegung der endgültigen Bauplanung und Baubeschreibung auf der Grundlage der dem nachstehend abgeschlossenen Baubetreuungsvertrag zugrundeliegenden vorläufigen Bauplanung und Baubeschreibung. Dies gilt nicht, soweit ausschließlich zukünftiges Sondereigentum betroffen ist.

b) Gestaltung derjenigen Vertragsverhältnisse, die die Anschaffung oder Errichtung der unbeweglichen und beweglichen Sachen, die zukünftig Gemeinschaftseigentum darstellen werden, betreffen.

c) Abnahme der zukünftig im Gemeinschaftseigentum stehenden Gegenstände und Anlagen.

d) Errichtung der Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung. Hierbei soll den einzelnen Bauherren Sondereigentum an den jeweils gemäß den von ihnen abzuschließenden Baubetreuungsverträgen für sie als Sondereigentum zu errichtenden Räumen zustehen. Die mit der Teilungserklärung zu vereinbarende Gemeinschaftsordnung soll dem für vergleichbare Wohnanlagen in München üblichen Inhalt entsprechen.

Die Gemeinschaftsordnung muß angemessen sein.

Nach § 5 steht die unentziehbare Geschäftsführung dem Treuhänder zu. Es folgen sodann Bestimmungen über Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen (§ 6), über die Haftung (§ 7), die Dauer der Gesellschaft (§ 8) sowie über Änderungen des Gesellschaftsvertrages (§ 9). Nach § 10 sind alle Bauherren verpflichtet, die Baubetreuung „nach Maßgabe der in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen" der GmbH zu übertragen.

(3) Die Gesamturkunde enthält sodann einen „zwischen dem unter A. genannten Käufer" und der GmbH geschlossenen Baubetreuungsvertrag, in dem diese die technische und wirtschaftliche Betreuung des Gesamtbauvorhabens gegen eine Vergütung von jeweils 3% des Gesamtaufwandes übernahm.

(4) Beurkundet wurde ferner ein Vertrag „zwischen dem in A. genannten Käufer" und Herrn S. über die Finanzierungsvermittlung und Höchstzinsgarantie gegen Provision. Finanziert werden sollten 80% des Gesamtaufwandes, der in dem Angebot zum Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag vom 14.12.1978 beziffert war.

(5) Inhalt der Gesamturkunde war sodann ein Mietgarantievertrag „zwischen dem in A. genannten Käufer" und der Firma O. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer S.

(6) In einem Generalbauunternehmer-Vertrag „zwischen den Bauherren" und der B. GmbH wurde diese beauftragt, eine Wohnanlage mit acht Wohnungen und einer Tiefgarage schlüsselfertig nach den vorgeschlagenen bzw. den in der ersten Bauherrenversammlung durch Mehrheitsbeschluß genehmigten oder festgelegten Bauplänen herzustellen. Der Werklohn wurde als Festpreis bezeichnet; eine Summe enthält jedoch der Vertragstext nicht.

(7) Schließlich war noch Gegenstand der Beurkundung ein Bürgschaftsvertrag zwischen „dem Bauherrn" und Frau F. Danach beabsichtigte der Bauherr, zur Finanzierung des Bauvorhabens Zwischenfinanzierungsmittel bis zur Höhe von 85% des Gesamtaufwands gemäß Treuhandauftrag bei einem Kreditinstitut aufzunehmen; für die pünktliche Rückzahlung der Bauzwischenkredite nebst Zinsen und Nebenleistungen übernahm Frau F. die Bürgschaft gegenüber dem Kreditinstitut. Frau F. wurde dafür eine Bürgschaftsprovision in Höhe von 3% des zwischenzufinanzierenden Betrages zugesagt.

2. Für die Beurkundung des „Kaufvertrags" und des „Baubetreuungsvertrags" erteilte der Notar den Beteiligten zu 1) am 22.12.1978 eine Kostenberechnung über insgesamt 2.176,71 DM aus einem Wert von 377.365,— DM (Geb.Reg.Nr. 220).

In der gleichen Berechnung forderte der Notar von den Beteiligten zu 1) für die Beurkundung „der Annahme eines Vertragsangebots zu URNr. 50/78" (betreffend den Treuhandvertrag) unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 188.682,50 DM Kosten in Höhe von insgesamt 195,04 DM (Geb.Reg.Nr. 221).

3. Gegen diese Kostenberechnung Geb.Reg.Nr. 220 legten die Beteiligten zu 1) Beschwerde ein. Der „Gegenstandswert" betrage richtig 188.682,50 DM; dieser Wert sei zutreffend „bei der Gebühren-Registernummer 221 zugrundegelegt" worden.

4. Das Landgericht hob am 5.11.1979 die angefochtene Kostenberechnung insoweit auf, als sie den Betrag von 1.763,31 DM übersteigt. Im übrigen wies es die Beschwerde als unbegründet zurück, legte dem beteiligten Notar 2/3 der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens auf und ließ die weitere Beschwerde zu.

5. Gegen diese ihm am 11.12.1979 zugestellte Entscheidung legte der beteiligte Notar am 21.12.1979 weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

1. Der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1971, 7/9; BayObLG JurBüro 1978, 573/576 [= MittBayNot 1977, 140]). Hier haben sich die Kostenschuldner mit der Erstbeschwerde in zulässiger Weise nur gegen den vom Notar zugrundegelegten Geschäftswert seiner Kostenberechnung Geb.Reg.Nr. 220 gewandt. Dieser allein maßgebende Verfahrensgegenstand ist durch die weitere Beschwerde des Notars nicht verändert worden (vgl. *Korintenberg/Ackermann/Lappe* KostO 9. Aufl. — KAL — § 156 Rdnr. 86). Erweist sich deshalb der Geschäftswert als zutreffend, so dürfen die angesetzten Gebühren nicht in sonstiger Hinsicht nachgeprüft werden (*Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. — BKB — § 156 Anm. 2 b ff; *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. § 156 Anm. II A b).

2. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundeten Erklärungen der Urkundsbeteiligten bezogen haben (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Hat ein Notar in eine Urkunde mehrere Erklärungen aufgenommen, die denselben Gegenstand haben, so wird die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Gegenstandes nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO).

Der beteiligte Notar hat am 22.12.1978 in einer Urkunde einen Grundstückskauf-, Gesellschafts- und Baubetreuungsvertrag sowie vier weitere Verträge beurkundet. Das Landgericht ist der Auffassung, daß die sämtlichen beurkundeten Erklärungen denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO betroffen haben. Das hält der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand. (Wird ausgeführt; vgl. Punkt 1. a) und b) der auf S. 85 abgedruckten Entscheidung vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 141/79 —).

c) Von all diesen Verträgen kommt auch hier dem Gesellschaftsvertrag zentrale Bedeutung zu. Ohne ihn wären weder der Grundstückskaufvertrag noch der Baubetreuungsvertrag noch die sonstigen zur Verwirklichung des Bauherrenmodells für erforderlich gehaltenen Zusatzverträge abgeschlossen worden. All diese Verträge stehen in einem rechtlichen Zusammenhang, weil die Vereinbarungen nach dem Willen der Beteiligten derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen" sollen (so BGHZ 78, 346/349 = DNotZ 1981, 115 = MittBayNot 1980, 198 für den FAll eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen einem Bauvertrag und einem Grundstückserwerbsvertrag).

Für die Kostenschuldner war der Kauf eines Miteigentumsanteils an dem Grundstück nur Teilverwirklichung der gemeinsamen Absicht aller (auch der noch unbekannten) Bauherren, die Eigentumswohnanlage „M." zu errichten.

Der Gesellschaftsvertrag ist ferner Grundlage der Absprachen über die Beteiligung an den Baukosten, die endgültige Bauplanung und Baubeschreibung, die Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung sowie über die Baubetreuung.

Auch alle weiter beurkundeten Verträge — Baubetreuungs-, Generalbauunternehmer-, Bürgschafts- und Mietgarantievertrag sowie Vertrag über die Finanzierungsvermittlung und Höchstzinsgarantie — dienten der Durchführung des Gesellschaftsvertrages.

d) Nun wird zwar in der Kostenrechtsprechung bei der einheitlichen Beurkundung des Kaufes eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück zusammen mit der Verpflichtung des Käufers, das ganze Grundstück zu bebauen und der gegenseitigen Verpflichtung von Verkäufer und Käufer, später Wohnungseigentum nach §§ 3, 4 WEG zu begründen, der Kaufvertrag nur als Vorbereitungsgeschäft zur späteren Wohnungs- und Teileigentumseinräumung angesehen, das rechtlich nicht zu letzterem Geschäfte gehöre (so OLG Düsseldorf in JurBüro 1970, 975 f.). Es wird deshalb kostenrechtlich der Wert des Kaufvertrages zum Wert des Einräumungsvertrages, der die Bauverpflichtung mitumfasse, hinzugerechnet gemäß § 44 Abs. 2 a KostO. Diese Bewertung wird damit gerechtfertigt, daß das andersgeartete Eigentum des Verkäufers erst in Bruchteilseigentum übergeführt sein müsse, weil nur Miteigentümer nach Bruchteilen Wohnungseigentum begründen könnten (*Ackermann* Rpfleger 1960, 115/116; OLG Düsseldorf aaO; KAL § 21 Rdnr. 4, 5; § 39 Rdnr. 46; § 44 Rdnr. 138).

Diese Betrachtungsweise wird indes bei einem Bauherrenmodell der hier vorliegenden Art den Besonderheiten der Beurkundung nicht gerecht. Sie läßt nämlich außer acht, daß die Errichtung einer größeren Eigentumswohnanlage im Rahmen eines Bauherrenmodells, das die künftigen Eigentümer aus steuerlichen Gründen wählen, den Abschluß eines Bündels von Verträgen erforderlich macht, die alle in einem inneren — auch rechtlichen — Zusammenhang stehen. Wie der Bundesgerichtshof zur Frage der Beurkundungsbedürftigkeit wiederholt ausgeführt hat, sind für die Frage der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts die Vorstellungen der Vertragschließenden maßgebend. Es kommt darauf an, ob die einzelnen Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen" sollen, so daß sie kraft ihrer rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Verbindung Teile eines Gesamtgeschäfts bilden sollen (BGH MDR 1966, 749; BGHZ 50, 8/13 [= DNotZ 1968, 543]; BGH Betrieb 1970, 1591; BGH WPM 1974, 720 [= DNotZ 1975, 87]; BGH DNotZ 1976, 683). So hat der BGH entschieden, daß einerseits ein Bauvertrag und ein Grundstückserwerbsvertrag, andererseits die Pflicht zur Übertragung von Wohnungseigentum und ein Bebauungs- oder Betreuungsvertrag eine rechtliche Einheit bilden (BGHZ 78, 346 [= DNotZ 1981, 115] bzw. BGH DNotZ 1980, 344/348). Auch das Schrifttum vertritt überwiegend die Auffassung, daß das Gesamtbündel von Verträgen, darunter auch der Gesellschaftsvertrag, der Beurkundung bedarf (*Palandt/Heinrichs* BGB 41. Aufl. Anm. 5 a, *Kanzleiter* in Münchener Kommentar Rdnr. 46, *Staudinger/Wufka* BGB 12. Aufl. Rdnr. 100, je zu § 313 BGB; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 3 Anh. Rdnr. 6 und § 4 Rdnr. 5; *Reithmann/Brych/Manhart* Rdnr. 377; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579/588 f. und 1980, 349/352; *Maser* NJW 1980, 961/963; *Klaas* BauR 1981, 35/39). Der hier gegebene enge Zusammenhang aller Verträge ist oben bereits dargelegt. Bei dieser Sachlage hat der Senat keine Bedenken, in das einheitliche Rechtsverhältnis im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO hier auch den Kaufvertrag einzubeziehen.

Der Notar hat somit gegenstandsgleiche Erklärungen beurkundet.

3. Nicht gefolgt werden kann allerdings der Wertbemessung des Landgerichts.

a) Ist — wie hier — Gegenstandsgleichheit mehrerer beurkundeter Erklärungen gegeben, die einen verschiedenen Wert haben, so wird bei gleichem Gebührensatz die Gebühr nur nach dem höchsten Wert berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO; vgl. KAL Rdnr. 198).

Es kommt somit darauf an, welcher der mehreren Verträge, die der Notar gleichzeitig beurkundet hat, den höchsten Wert hat.

Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Wert der Rechtsverhältnisse, auf die sich die beurkundeten Erklärungen bezogen haben (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO).

b) Der Gesellschaftsvertrag hatte einen Geschäftswert von mindestens 377.365 DM.

(1) Das Landgericht berücksichtigt lediglich die von den Beteiligten zu 1) zu erbringenden Gesamtaufwendungen. Einer derartigen Bewertung des Gesellschaftsvertrages nach dem Beitrag nur eines Gesellschafters kann nicht gefolgt werden. Entgegen der Meinung des Landgerichts ist nicht nur ein Beitritt der Beteiligten zu 1) zu einer — schon bestehenden — Bauherrengesellschaft beurkundet worden. Vielmehr handelt es sich um die Gründung einer solchen Gesellschaft. Dem steht nicht im Wege, daß nach der Einleitung zu Abschnitt B der Urkunde „der in dieser Urkunde genannte Käufer mit den übrigen Personen, welche Miteigentumsanteile des in Ziff. A. I. aufgeführten Grundstücks erwerben, den folgenden Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft abschließt." Andere Bauinteressenten als die Beteiligte zu 1) waren zwar bei der Beurkundung noch nicht bekannt; sie konnten deshalb bei der Gesellschaftsgründung auch nicht mitwirken. Jedoch war als Vertragspartner der Beteiligten zu 1) die GmbH vorhanden. Nach Abschnitt A X der Gesamturkunde trat sie für alle weiteren Miteigentumsanteile bis zu deren Verkauf als Mitbauherrin auf.

(2) Verträge über die Gründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts haben eine Vereinigung von Leistungen und nicht deren Austausch zum Gegenstand, so daß die Wertvorschrift des § 39 Abs. 2 KostO ausscheidet. Einschlägig ist vielmehr auch hier § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO. (Wird ausgeführt; die Begründung, insbesondere für die Wertbestimmung gem. § 30 Abs. 1 KostO, entspricht weitgehend Ziffer 3. b) (2) der auf S. 85 abgedruckten Entscheidung vom 1.3.1982 — BReg. 3 Z 141/79 —)

Der die Beteiligten zu 1) treffende Gesamtaufwand ist in der Anlage zum Angebot auf Abschluß eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages vom 14.12.1978 mit 188.682,50 DM beziffert worden. Zu berücksichtigen ist weiter der Aufwand der übrigen sieben Bauherren. Es spricht nichts dafür, daß dieser geringer ist als bei den Beteiligten zu 1). Der Gesamtaufwand aller Bauherren kann deshalb mindestens mit dem Achtfachen von 188.682,50 DM, also mit 1.509.460 DM angesetzt werden.

Hier ist entsprechend die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des zwischen den Bauherren geschlossenen Gesellschaftsvertrages heranzuziehen. Ohne das gesellschaftliche Zusammenwirken aller Bauherren ließe sich das beabsichtigte Bauprojekt auch nicht teilweise verwirklichen. Daraus folgt, daß der Gesellschaftsvertrag höher zu bewerten ist als eine Bauverpflichtung, die nur gegenüber dem Verkäufer eines Grundstücks übernommen worden ist. Mit einem Geschäftswert von 377.365 DM hat der Notar 25% der Gesamtbauaufwendungen von 1.509.460 DM berücksichtigt. Das kann nicht beanstandet werden.

c) Der Wert der übrigen vom Notar beurkundeten Verträge erreicht den Betrag von 377.365 DM nicht.

(1) Der Barpreis für den Kauf eines Miteigentumsanteils durch die Kostenschuldner betrug 67.357 DM. Zusätzlich haben die Beteiligten zu 1) die persönliche Verpflichtung zur Zahlung eines Teilbetrages von 170.000 DM der durch die Grundschuld gesicherten Forderung übernommen; aber auch dadurch erhöht sich der Wert des Kaufvertrages gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KostO nur auf 237.537 DM.

(2) Der Baubetreuungsvertrag bezog sich nur auf die von den Beteiligten zu 1) zu erwerbende Wohnung. Nur zwischen den Beteiligten zu 1) und der GmbH allein ist die Baubetreuung vereinbart worden. Der Wert dieses Vertrages kann den Gesamtaufwand der Beteiligten zu 1) jedenfalls nicht übersteigen.

(3) Über einen Wert von 377.365 DM geht auch keiner der weiter beurkundeten Verträge (Finanzierungsvermittlung und Höchstzinsgarantie, Mietgarantie sowie Bürgschaftsvertrag) hinaus. Auch beim Generalbauunternehmervertrag ist nur der Wert des Baukostenanteils der Kostenschuldner in Ansatz zu bringen, da auch er sich nur auf die Kosten für die von den Beteiligten zu 1) zu erwerbende Wohnung bezog.

d) Ob in dem Gesellschaftsvertrag bereits eine Verpflichtung zur Begründung von Wohnungseigentum (§ 4 Abs. 3 WEG) gesehen werden kann, die nach § 21 Abs. 2 KostO höher als mit 377.365 DM zu bewerten wäre, braucht nicht geprüft zu werden. Dann das Rechtsbeschwerdegericht kann nur die in dem vom Notar angefochtenen Beschluß des Landgerichts liegende Beschwer des Notars beseitigen, jedoch nicht mehr zusprechen als dieser in seiner Kostenberechnung gefordert hat.

4. Da das Landgericht rechtsirrig bei der Bewertung des Gesellschaftsvertrages nur von „Gesamtaufwendungen" der Beteiligten zu 1) ausgegangen ist, kann seine Entscheidung keinen Bestand haben.

Einer Zurückverweisung der Sache bedarf es indes nicht, weil der Senat an Hand der vorhandenen Unterlagen selbst in der Sache abschließend entscheiden kann. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß der vom Notar angenommene Geschäftswert von 377.365 DM nicht beanstandet werden kann.

Nach allem war die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) als unbegründet zurückzuweisen.

---

26. KostO §§ 45,39 *(Geschäftswert der Verwalterzustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums)*

Der Geschäftswert für die Beglaubigung der Unterschrift des Verwalters unter die gem. § 12 WEG erforderliche Zustimmungserklärung zur Veräußerung einer Eigentumswohnung berechnet sich nach dem Wert des Veräußerungsgeschäftes und nicht nach einem gem. § 30 KostO zu bestimmenden Wert.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19.2.1981 — 10 W 140/80 —

Aus den Gründen:

Zu Recht hat der Notar die Viertel-Gebühr nach § 45 KostO für die Beglaubigung der Unterschrift des Verwalters der Wohnungseigentümergemeinschaft unter die gemäß § 12 WEG erforderliche Zustimmungserklärung zu der Veräußerung der Eigentumswohnung nach dem Wert dieses Veräußerungsgeschäftes von 220000,— DM berechnet, und nicht nach einem gemäß § 30 KostO zu bestimmenden Wert entsprechend dem niedriger zu bewertenden Interesse der Wohnungseigentümer an der Zustimmung. Mit der Entscheidung des OLG Hamm vom 28. Januar 1980 (15 W 206/79 [= DNotZ 1980, 722 = MittBayNot 1981, 92, nur Leitsatz mit

Anm. der *Prüfungsabteilung der Notarkasse*]) ist der Senat zwar der Ansicht, daß der Geschäftswert für die Beurkundung der Zustimmung zu einer Wohnungseigentumsveräußerung gemäß § 12 WEG nach den gleichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist wie der Geschäftswert für die Beurkundung der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Erbbaurechtsveräußerung gemäß § 5 ErbbauVO; denn die Zustimmung, für deren Beurkundung nach allgemeiner Ansicht gemäß § 38 Abs. 2 Ziff. 1 KostO die Hälfte der vollen Gebühr zu erheben ist, hat in beiden Fällen dieselbe Bedeutung.

Wie der Senat in Übereinstimmung mit dem OLG Celle (KostRsp KostO § 40 Nr. 5 = JurBüro 1968, 325) und einem Teil des Schrifttums *(Korintenberg/Ackermann/Lappe* § 38 KostO Rdnr. 25; *Mümmler* JurBüro 1974, 1425 sowie 1979, 175 und 349; vgl. auch allgemein *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* § 40 KostO Anm. 1 und neuerdings *Hüttinger,* Streifzug durch die Kostenordnung, S. 209 ff.) jedoch entschieden hat (JurBüro 1974, 1563 = DNotZ 1975, 434 = Rpfleger 1974, 411; JurBüro 1974, 1423 = KostRsp KostO § 121 Nr. 4 mit ablehnender Anm. *Lappe;* JurBüro 1979, 1352), entspricht der Wert der beurkundeten Zustimmung dem Wert der Erklärung, der zugestimmt wird. Der Gegenansicht, die auf das Interesse des Zustimmenden abstellt (OLG Hamm aaO und DNotZ 1968, 54; Rpfleger 1972, 425; *Rohs/Wedewer* § 30 KostO Anm. II a 9; *Schmidt* JurBüro 1964, 101), vermag sich der Senat auch nach erneuter Überprüfung nicht anzuschließen. Selbst wenn der Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts oder einer Eigentumswohnung die Bedeutung einer teilweisen Befreiung des Erbbauberechtigten bzw. des Wohnungseigentümers von der vertraglichen Beschränkung der Veräußerung der genannten Rechte, also von einer Verfügungsbeschränkung beizumessen wäre, könnte deren Wertfestsetzung gemäß § 30 KostO nur erfolgen, soweit sich der Wert solcher Zustimmungserklärungen nicht sonst aus den Vorschriften der Kostenordnung ergäbe. Das aber ist der Fall. Denn nach § 39 Abs. 1 S. 1 KostO bestimmt sich bei Beurkundungen und ähnlichen Geschäften der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht. Zustimmende Erklärungen beziehen sich, auch wenn sie von Beteiligten abgegeben werden, die wie der Grundstückseigentümer nach § 5 ErbbauVO oder die Wohnungseigentümer nach § 12 WEG nicht als Partei an dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft beteiligt sind, dennoch auf dieses Rechtsgeschäft, also auch auf die beabsichtigte Veräußerung des Erbbaurechts oder der Eigentumswohnung. Wenn in den Fällen der §§ 40 und 41 KostO, die gerade auch auf den Wert der Rechtsgeschäfte abstellen, auf die sich die beurkundeten Erklärungen beziehen, die Erklärenden an dem Rechtsgeschäft als Mitberechtigte oder als Vollmachtgeber beteiligt sind, also als Parteien, im übrigen aber andere Besonderheiten geregelt werden, läßt sich daraus nicht entnehmen, daß entgegen dem allgemeinen Grundsatz des § 39 Abs. 1 S. 1 KostO der Wert zustimmender Erklärungen von nicht als Partei beteiligten Personen nicht nach dem beabsichtigten Geschäft zu bestimmen sei. Fallen somit zustimmende Erklärungen unter § 39 KostO, kommt eine Bewertung nach den Interessen der Beteiligten gemäß dem nur subsidiär anwendbaren § 30 KostO nicht in Betracht.

E.
Steuerrecht

27. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1; EuAGrEStG Art. 1 Nr. 2 Buchst. a *(Zum Begriff der Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs)*

„Zur Aufstockung" eines landwirtschaftlichen Betriebs ist ein Grundstück erworben, wenn der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs ernstlich gewillt ist, das Grundstück in absehbarer Zeit im Rahmen seines landwirtschaftlichen Betriebs zu nutzen und nach den Umständen hierzu auch in der Lage sein wird. Diese Voraussetzung kann auch dann gegeben sein, wenn das erworbene Grundstück im Zeitpunkt des Erwerbs noch für 9 1/2 Jahre verpachtet ist.

BFH, Urteil vom 7.10.1981 — II R 51/77 — BStBl. 1982 II 78

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger, Landwirtseheleute, geboren 1941, bewirtschaften einen landwirtschaftlichen Betrieb. 1975 kauften sie ein Grundstück (Ackerland) hinzu. Das Grundstück war noch bis zum 31. Dezember 1984 verpachtet. Die Kläger sind der Ansicht, es handele sich um den Erwerb eines Grundstücks „zur Aufstockung" ihres landwirtschaftlichen Betriebs, der steuerfrei gemäß Art. 1 Nr. 2 Buchst. a des Bayerischen Gesetzes über die Grunderwerbsteuerfreiheit für die Eingliederung der Vertriebenen und Flüchtlinge in die Landwirtschaft und für die Aufstockung landwirtschaftlicher Betriebe (EuAGrEStG) [sei].

Das beklagte Finanzamt hielt den Vorgang nicht für steuerfrei und setzte Grunderwerbsteuer für jeden der Kläger fest; den gemeinschaftlichen Einspruch wies es zurück.

Das Finanzgericht hat die gemeinschaftliche Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision rügen die Kläger unrichtige Anwendung des Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kläger ist begründet.

Das Urteil des Finanzgerichts muß aufgehoben werden, weil es auf unrichtiger Anwendung des Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG beruht. Nach dieser Vorschrift ist unter bestimmten Voraussetzungen von der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) ausgenommen „der Erwerb eines Grundstücks zur Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs bis zu einer Größe, die dem Inhaber und seiner Familie eine sichere Existenz bietet".

Der Gesetzesbegriff „Erwerb eines Grundstücks zur Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs" setzt seinem Wortsinn nach voraus, daß der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs ernstlich gewillt ist, das Grundstück in absehbarer Zeit im Rahmen seines landwirtschaftlichen Betriebs zu nutzen und nach den Umständen hierzu auch in der Lage sein wird. Diese Voraussetzung kann auch dann gegeben sein, wenn das erworbene Grundstück im Zeitpunkt des Erwerbs noch für 9 1/2 Jahre verpachtet ist. Denn das Gesetz verlangt nicht, daß der Erwerber innerhalb einer bestimmten Frist das Grundstück landwirtschaftlich selbst nutzt. Auch ordnet es keine steuerlichen Rechtsfolgen an für den Fall, daß der Erwerber seine ursprüngliche Absicht nicht verwirklicht oder aus Gründen nicht verwirklichen kann, auf die er keinen Einfluß hat. Insofern unterscheidet sich die Befreiungsvorschrift von ähnlichen Befreiungsvorschriften anderer Bundesländer, z. B. von § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 des nordrhein-westfälischen Gesetzes über Grunderwerbsteuerbefreiung für Maßnahmen zur Verbeserung der Agrarstruktur und auf dem Gebiet der landwirtschaftlichen Siedlung vom 29. März 1966 (GVBl NW, 140, BStBl II 1966, 122) und von § 1 Abs. 1, § 4 des saarländischen Gesetzes Nr. 727 über die Grunder-

werbsteuerbefreiung beim Erwerb von Grundstücken zur Aufstockung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe vom 29. September 1960 (Amtsblatt S. 812) in der Fassung des Gesetzes vom 26. Februar 1975 (Amtsblatt S. 450, BStBl I 1975, 673). Auch ist zu berücksichtigen, daß die Pacht von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken ihren eigenen Produktionsrhythmus hat und daß deshalb sog. Landpachtverträge (§ 1 Abs. 2 des Landpachtgesetzes vom 25. Juni 1952, BGBl I, 343, 398) meist für eine längere Dauer abgeschlossen werden, in der REgel für 9, 12 oder 18 Jahre. Nicht immer wird die Gelegenheit zum Kauf eines zur Erweiterung des landwirtschaftlichen Betriebs geeigneten, aber noch verpachteten Grundstücks zeitlich zusammenfallen mit dem Ende der Pachtzeit. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter des Finanzamts seine Auffassung mit dem Hinweis begründet, die Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs solle „dem Inhaber und seiner Familie eine sichere Existenz" bieten. Dieses Ziel läßt sich auch dann erreichen, wenn das erworbene Grundstück noch für mehr als fünf Jahre verpachtet ist.

Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck des Gesetzes, „die zur Besitzfestigung bäuerlicher Kleinbetriebe erforderlichen Landzukäufe" durch eine „Befreiung von der Grunderwerbsteuer" zu begünstigen (Begründung des Gesetzentwurfs, Bayer. Landtag, 3. Wahlperiode, Beilage 2194 vom 4. Januar 1957, Abschn. A).

Der erkennende Senat entscheidet in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

Die gemeinschaftliche Anfechtungsklage ist begründet. Die Einspruchsentscheidung und die ihr zugrunde liegenden beiden Steuerbescheide sind aufzuheben, denn sie sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Rechtswidrig sind sie deshalb, weil die bezeichnete Verwaltungsanordnung, die das Finanzamt seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat [Verwaltungsanordnung des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 27.4.1970, Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen 1970 S. 115 Abschnitt B II Abs. 5 Unterabsatz 2], aus den angeführten Gründen nicht in Einklang steht mit dem Gesetz. Der Erwerb des bezeichneten Grundstücks unterliegt zwar der Grunderwerbsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), ist aber von der Besteuerung ausgenommen gemäß Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG. Denn es handelt sich um den Erwerb eines Grundstücks „zur Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs" i.S. der Befreiungsvorschrift. Im Zeitpunkt des Erwerbs hatten die Kläger den Willen, das erworbene Grundstück nach Ablauf der Pacht im Rahmen ihres landwirtschaftlichen Betriebs zu nutzen. Das schließt der erkennende Senat aus der dahingehenden Versicherung der Kläger, wie sie erstmals abgegeben worden ist in dem notariell beurkundeten Kaufvertrag und wie sie im Laufe des Verfahrens wiederholt bekräftigt und verdeutlicht worden ist durch nähere Angaben über die Art der beabsichtigten Nutzung und deren Billigung durch die zuständigen Behörden. Die Kläger haben glaubhaft dargelegt, daß sie „den Pachtvertrag als unerwünschte Nebenfolge lediglich in Kauf genommen" haben, „um nicht auf die künftige landwirtschaftliche Nutzung des Geländes verzichten zu müssen", ihr eigentliches Ziel aber die landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks sei (vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15. Januar 1975 II R 108/67, BFHE 114, 447, BStBl II 1975, 272, betreffend den Erwerb eines Grundstücks zur Schaffung oder Erweiterung von öffentlichen Straßen und Plätzen).

Nach den im Zeitpunkt des Erwerbs erkennbaren Umständen ist anzunehmen, daß die Kläger auch in der Lage sein werden, das erworbene Grundstück nach Ablauf der Pacht landwirtschaftlich nutzen zu können. Insbesondere ist nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten das erworbene Grundstück besonders geeignet, von den Klägern im Rahmen ihres landwirtschaftlichen Betriebs bewirtschaftet zu werden, denn es grenzt unmittelbar an ihren landwirtschaftlichen Betrieb an und es handelt sich um Ackerland.

Schließlich ist die weitere Voraussetzung der Befreiung erfüllt, daß der Einheitswert des aufgestockten Betriebs den Betrag von 100000 DM nicht übersteigt.

Anmerkung:

Gemäß Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG ist der Erwerb eines Grundstückes zur Aufstockung eines landwirtschaftlichen (Vollerwerbs-)Betriebes bis zu einer Größe, die dem Inhaber und seiner Familie eine sichere Existenz bietet, von der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz ausgenommen. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist, daß der Wirtschaftswert (§ 46 des Bewertungsgesetzes) des aufgestockten Betriebes den Betrag von DM 100.000,— nicht übersteigt. Für Zuerwerbs- und Nebenerwerbslandwirte ist Art. 1 Nr. 2 Buchst. b EuAGrEStG maßgebend, wonach der Erwerb eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks zur Verbesserung der Existenzgrundlage grunderwerbsteuerbefreit ist.

Trotz dieser eindeutigen und weitgehenden Befreiungsvorschriften für Landwirte versagen die Finanzämter häufig die Grunderwerbsteuerbefreiung, wobei sich die Finanzverwaltung meist auf die Verwaltungsanordnung zur Ausführung des Art. 1 Nr. 2 EuAGrEStG v. 16.11.1979 Az. 37 — S 4510 — 5/35 — 40 309 — VAEuAGrEStG — stützt. In dieser Verwaltungsanordnung sind zahlreiche Erwerbsfälle, die eindeutig unter Art. 1 Nr. 2 EuAGrEStG zu subsumieren sind, von der Befreiung ausgenommen. So werden z.B. Landwirte von der Befreiung gem. Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG ausgeschlossen, wenn sie — z.B. durch Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten — ihr Einkommen nicht zu mindestens 90% aus der Landwirtschaft beziehen; ferner sind alle Zu- und Nebenerwerbslandwirte, deren durchschnittliches Einkommen der letzten drei vor dem Grundstückserwerb veranlagten Jahre den Betrag von DM 33.000,— allein oder zusammen mit einem mitverdienenden Ehegatten übersteigt, nicht gem. Art. 1 Nr. 2 Buchst. b EuAGrEStG befreit. Darüberhinaus wird Landwirten die Grunderwerbsteuerbefreiung versagt (vgl. Tz 7 VAEuAGrEStG), wenn das zu erwerbende Grundstück mehr als vier Jahre verpachtet ist.

Dem vom Bundesfinanzhof nunmehr entschiedenen Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger, ein Landwirtsehepaar, erwarben das unmittelbar neben ihrem Areal gelegene Grundstück zur Vergrößerung der landwirtschaftlichen Nutzflächen. Das Grundstück war zum Zeitpunkt des Erwerbes an einen Dritten noch für die Dauer von 9 1/2 Jahren verpachtet; in dieses Pachtverhältnis mußten die Kläger kraft Gesetzes gem. § 571 BGB eintreten, da Verhandlungen über eine vorzeitige Aufhebung des Pachtvertrages scheiterten.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung, der sich das Finanzgericht Nürnberg anschloß, werden verpachtete Grundstücke während der Laufzeit des Pachtvertrages vom Erwerber nicht landwirtschaftlich, sondern nur kapitalmäßig genutzt. Aus diesem Grunde sei Grunderwerbsteuer zu erhe-

ben. Ausnahmsweise könne das Besteuerungsverfahren ausgesetzt werden, wenn der Pachtvertrag höchstens noch vier Jahre laufe und der Erwerber versichere, daß er das Grundstück nach Ablauf der Pacht selbst landwirtschaftlich nutze.

Diese vom Gesetzeswortlaut in keiner Weise gedeckte Einschränkung verkennt die regelmäßig bei einem Grundstückserwerb bestehende Interessenlage. Landwirtschaftliche Grundstücke sind, worauf der Bundesfinanzhof zurecht hinweist, häufig langfristig — in der Regel für 9, 12 oder 18 Jahre — verpachtet. Die Gelegenheit zum Erwerb eines zur Erweiterung des landwirtschaftlichen Betriebes geeigneten Grundstückes wird selten mit dem Ende des Pachtvertrages zusammenfallen. Bei zahlreichen Fällen würde der Befreiungstatbestand von vorneherein entfallen, so daß Art. 1 Nr. 2 EuAGrEStG in seinem Anwendungsbereich erheblich eingeengt würde. Bei der Auslegung des Begriffes „Aufstockung" muß berücksichtigt werden, daß bei einem Landwirt die Möglichkeit, ein Grundstück zur Betriebserweiterung zu erwerben, oft über Jahrzehnte hinweg nicht wiederkehrt. Sofern ein zur Arrondierung und Rationalisierung des Anwesens geeignetes Nachbargrundstück, selbst wenn es langfristig verpachtet ist, nicht erworben wird, ist die Chance der bäuerlichen Existenzsicherung über Generationen hinweg vertan.

Die Verwaltungsanordnung enthält noch eine Reihe weiterer für die Praxis bedeutsamer Einschränkungen, ohne daß hierfür eine gesetzliche Grundlage bestünde. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der in der Verwaltungsanordnung enthaltenen Verdienstgrenze. Das Finanzgericht Nürnberg hat in seinem Urteil vom 24.9.1974 — IV 33/74 — (nicht veröffentlicht) darauf hingewiesen, daß die Festsetzung einer Höchstverdienstgrenze unwirksam ist, da das EuAGrEStG keine entsprechende Ermächtigung zum Erlaß einer Verordnung enthält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 70, 55 Nr. 2 Satz 2 BayVerf); somit ist auch die in der VAEuAGrEStG in der gegenwärtigen Fassung für Zu- und Nebenerwerbslandwirte noch enthaltene Verdienstgrenze in Höhe von DM 33.000,— ohne jede Rechtsgrundlage und daher unbeachtlich.

Die Finanzverwaltung versagt die Grunderwerbsteuerbefreiung gem. Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG auch dann, wenn ein Landwirt durch Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten sein Einkommen nicht zu mindestens 90% aus der Landwirtschaft bezieht. Dem vor dem Finanzgericht Nürnberg derzeit anhängigen Verfahren (Az. IV 368/81) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ehemann bewirtschaftete einen landwirtschaftlichen Betrieb und war im gewerblichen Unternehmen (Getränkevertrieb) seiner Ehefrau als Arbeitnehmer tätig. Die bei dem Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken beantragte Grunderwerbsteuerbefreiung wurde von der Finanzverwaltung mit folgender Begründung abgelehnt: Als Vollerwerbsbetriebe seien nur landwirtschaftliche Betriebe anzusehen, deren Eigentümer ihr Einkommen ausschließlich oder zumindest zu 90% aus der Landwirtschaft beziehen. Da der Landwirt in dem vorliegenden Fall sein Einkommen nicht überwiegend aus der Landwirtschaft, sondern aus nichtselbständiger Tätigkeit durch Mitarbeit im Getränkevertrieb bezogen habe, handle es sich um einen landwirtschaftlichen N e b e n erwerbsbetrieb (trotz einer landwirtschaftlichen Gesamtfläche von ca. 25 ha!), für den Art. 1 Nr. 2 Buchst. b VAEuAGrEStG einschlägig sei. Die Grunderwerbsteuerbefreiung nach dieser Bestimmung setze voraus, daß der Grundstückserwerb „zur Verbesserung der Existenzgrundlage" dient, d.h. die Einkommensverhältnisse noch verbesserungsbedürftig und verbesserungswürdig sind. Nach Tz. 12 EuAGrEStG sei die Existenzgrundlage allgemein als gesichert anzusehen, wenn das Einkommen, bei Ehegatten deren gemeinsames Einkommen, der letzten drei vor dem Grundstückserwerb veranlagten Jahre im Durchschnitt den Betrag von DM 33.000,— übersteige. Da in dem vorliegenden Fall das durchschnittliche Einkommen der Ehegatten höher sei, entfalle auch diese Befreiungsvorschrift. Ausnahmsweise könne auch für Nebenerwerbsbetriebe die Vorschrift des Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG usw. Anwendung finden. Voraussetzung hierfür sei jedoch, daß durch den Aufstockungserwerb eine ausschließlich landwirtschaftliche Existenzgrundlage erreicht wird bzw. beabsichtigt ist. Somit sei erforderlich, daß der Neben- oder Zuerwerbslandwirt seine bisher neben der Landwirtschaft ausgeübte berufliche Tätigkeit in zeitlichem Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb aufgebe.

Eine Gesetzesauslegung, die einen ca. 25 Hektar umfassenden landwirtschaftlichen Betrieb als Nebenerwerbsbetrieb einstuft, die Einnahmen des Ehegatten aus einer anderen Einkunftsart als Einkünfte aus Landwirtschaft umqualifiziert und Grunderwerbsteuerbefreiung nur gewährt, wenn die Familie auf das überwiegende Einkommen aus anderen Erwerbsquellen verzichtet, ist alles andere als einleuchtend und findet im Gesetz keinerlei Stütze. Warum soll der (Nebenerwerbs-)Landwirt bestraft werden, der das überwiegende Familieneinkommen z.B. aus nichtselbständiger Tätigkeit dafür verwendet, um einen landwirtschaftlichen Betrieb so zu erweiteren, daß dieser die Familie insgesamt ernähren kann. Mit welcher Berechtigung wird den Landwirten eine Steuerbefreiung versagt, die durch zusätzliche Arbeit außerhalb der Landwirtschaft sich als besonders fleißig erweisen? Sind für die Abgrenzung von Vollerwerbs-, Zu- und Nebenerwerbslandwirten tatsächlich nur die Einkommensverhältnisse und nicht objektive Kriterien maßgebend? Daß die gegenwärtige Abgrenzungspraxis zu grotesken und mit dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung unvereinbaren Ergebnissen führt, ergibt sich gerade aus dem vorliegenden Fall: Hätte der Landwirt nicht in dem Betrieb der Ehefrau mitgearbeitet oder für seine Mitarbeit auf Lohn verzichtet, wäre er nach Tz. 2 VAEuAGrEStG vom Finanzamt als Vollerwerbslandwirt eingestuft worden mit der Folge der Grunderwerbsteuerbefreiung, da bei Vollerwerbslandwirten die Einkünfte der Ehefrau außer Betracht bleiben.

Insgesamt ist festzustellen, daß die Finanzverwaltung den Anwendungsbereich des EuAGrEStG einengt, ohne hierzu eine Ermächtigungsgrundlage zu haben. Deshalb empfiehlt es sich nahezu in allen Versagungsfällen, Rechtsmittel zu ergreifen. Bedauerlich ist es allerdings, daß der Notar hier vom Gesetzgeber teilweise ausgeschlossen wurde. Zwar sieht § 4 Nr. 1 StBerG vor, daß der Notar im Rahmen der Befugnisse nach der Bundesnotarordnung zur Hilfeleistung in Steuersachen befugt ist. Durch das Gesetz zur Entlastung des Bundesfinanzhofs vom 8.7.1975 (BGBl. I S. 1961) wurden die Notare jedoch generell von der Vertretung in Steuersachen vor dem Bundesfinanzhof ausgeschlossen. Dies ist um so bedauerlicher, als gerade der Notar von allen zur Hilfeleistung in Steuersachen Befugten über das umfangreichste Anschauungsmaterial in Grunderwerbsteuerangelegenheiten (ähnlich verhält es sich in Erbschaftsteuerfragen) verfügt, ohne diese Sachkompetenz für die Beteiligten ausreichend zur Geltung bringen zu können. Warum ausgerechnet (Nur-)Notare, die auch über die entsprechende verfahrens- und prozeßrechtliche Ausbildung verfügen, die mit dem Ent-

lastungsgesetz vom 7.8.1975 bezweckte Beschleunigung der Verfahren gefährden ist ohnehin ein Geheimnis des Gesetzgebers. Die Notare könnten ihre Beratungs- und Betreuungstätigkeit im Rahmen des § 17 BeurkG besser erfüllen, wenn sie nach dem Auslauf des Entlastungsgesetzes (am 31.12.1984) — wie dies früher der Fall war — auch vor dem Bundesfinanzhof zur Vertretung zugelassen würden.

Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger,* Schweinfurt

Anmerkung der Schriftleitung

Zur Anwendung des BFH-Urteils vgl. die Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 29.3.1982, der OFD München vom 14.4.1982 sowie der OFD Nürnberg vom 8.4.1982, abgedruckt in diesem Heft S. 101

28. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 7 (*Zur Grunderwerbsteuerpflicht des Benennungsberechtigten*)

Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG entsteht, wenn das wirtschaftliche Interesse an der Benennung des Dritten über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages hinausgeht (Anschluß an das BFH-Urteil vom 16. April 1980 II R 141/77, BFHE 130, 428, BStBl II 1980, 525).

BFH, Urteil vom 16.12.1981 — II R 109/80 —

Aus dem Tatbestand:

Am 15. Oktober 1975 bot die Eigentümerin eines Grundstücks in Berlin in notariell beurkundeter Form einem von der Klägerin zu benennenden Dritten den Verkauf eines Teiles dieses Grundstücks an. „Selbstbenennung" der Klägerin war ausgeschlossen.

Durch notariell beurkundete Vereinbarung vom 23. Oktober 1975 bestimmte die Klägerin als Käufer des Trenngrundstücks die Eheleute R. Diese nahmen das Angebot (die „Käuferbestimmung") an.

Das beklagte Finanzamt setzte gegen die Klägerin gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 des Berliner Grunderwerbsteuergesetzes 1969 (GrEStG 1969)[1] Grunderwerbsteuer fest, berechnet nach dem anteiligen Einheitswert. Die Klägerin habe die Rechte aus dem Kaufangebot vom 15. Oktober 1975 abgetreten, indem sie die Eheleute R. als Käufer benannt habe.

Mit ihrem Einspruch bestritt die Klägerin ohne Erfolg die Steuerpflicht. Sie vertreibe Fertighäuser und erhalte dafür jeweils eine nach der Größe des Hauses bemessene Provision. Wegen der besonderen Verhältnisse auf dem Berliner Grundstücksmarkt könne sie nach ihren Erfahrungen nur dann ein Haus verkaufen, wenn sie gleichzeitig ein Grundstück nachweise. Für diesen Nachweis erhalte sie aber keine Provision. Demnach handele sie nicht mit Grundstücksangeboten, so daß eine Besteuerung nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969 nicht gerechtfertigt sei.

Auf die Klage hob das Finanzgericht den Steuerbescheid und die Einspruchsentscheidung auf.

Mit seiner Revision beantragt das Finanzamt, das Finanzgerichtsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die vom Finanzamt zugelassene Revision ist begründet.

1.a) Die notariell beurkundete Vereinbarung vom 23. Oktober 1975 unterliegt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969 der Grunderwerbsteuer. Die Klägerin hat dort im Sinne der genannten Vorschrift ihre Rechte aus dem Kaufangebot vom 15. Oktober 1975 an die Eheleute R. abgetreten, indem sie — entsprechend ihrem Benennungsrecht — die Eheleute R. als Käufer benannte und diese das Angebot angenommen haben. Unerheblich ist dabei, daß die Klägerin sich entsprechend dem Angebot vom 23. Oktober 1975 nicht selbst als Käuferin benennen konnte. Entscheidend ist lediglich, daß sie die Macht hatte, mit dem Kaufangebot zu „handeln" (vgl. das Urteil vom 10. Juli 1974 II R 89/68, BFHE 113, 474, BStBl II 1975, 86).

Der Auffassung des Finanzgerichts, die Klägerin habe das Grundstück nicht „auf eigene Rechnung verwertet" und daher nicht mit einem Grundstückskaufangebot gehandelt, schließt sich der Senat nicht an. Zweifelhaft ist schon, ob hier eine derartige Verwertung i.S. des § 1 Abs. 2 GrEStG 1969 auszuschließen ist. Der Senat hat in einem anderen Fall die Chance eines Architekten, mit Hilfe der von ihm verkauften fremden Grundstücke Architektenaufträge zu erhalten, der Teilnahme am Mehrerlös der Grundstücke als gleichwertig erachtet (Urteil vom 2. Dezember 1971 II 136/65, BFHE 105, 165, BStBl II 1972, 495). Jedenfalls aber genügt für die Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969, daß das Kaufangebot zum Nutzen der eigenen wirtschaftlichen Interessen des Benennungsberechtigten verwertet wird (Urteil vom 16. April 1980 II R 141/77, BFHE 130, 428, BStBl II 1980, 525 [= MittBayNot 1980, 223]). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Benennung der Eheleute R. als Grundstückskäufer diente den wirtschaftlichen Interessen der Klägerin, weil diese dadurch den Eheleuten R. ein Fertighaus verkaufen und auf diese Weise Provision verdienen konnte.

b) Die Klägerin wendet ein, die Grundsätze des Urteils II R 141/77 (BFHE 130, 428) könnten „nur im eingegrenzten engeren Sinne gelten". Andernfalls sei auch jede Käuferbenennung durch einen Makler gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969 steuerpflichtig, weil der Makler wegen seiner Provision am Abschluß des Kaufvertrages interessiert sei.

Dieser Einwand ist unbegründet.

Allerdings geht der Senat mit der Klägerin davon aus, daß nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich Maklergeschäfte über Grundstücke keine Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969 auslösen. Entsprechend dieser einschränkenden Auslegung der Vorschrift scheiden aus deren Bereich diejenigen Fälle aus, in denen das wirtschaftliche Interesse des Benennungsberechtigten über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages nicht hinausgeht; denn der Makler erhält aufgrund des Maklervertrages seine Provision schon dafür, daß der Kaufvertrag zustande kommt (§ 652 BGB).

Geht das wirtschaftliche Interesse an der Benennung über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages hinaus, so wird der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1969 erfüllt; denn andernfalls würde diese Vorschrift dem § 1 Abs. 2 GrEStG 1969 gleichgestellt und damit inhaltslos (BFHE 130, 428, 430). Demnach unterliegt der vorliegende Fall der Steuer. Aufgrund des Provisionsvertrages mit der Firma X. erhielt die Klägerin ihre Provision nicht für den Abschluß des Grundstückskaufvertrages, sondern erst für den außerdem abzuschließenden Kaufvertrag für das Fertighaus.

Demzufolge kann auch das Interesse eines Maklers im Sinne der vorstehenden Ausführungen über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages hinausgehen, wenn er beispielsweise die Benennung einer Person als Grundstückskäufer von deren Kauf eines Fertighauses abhängig macht.

2. Die Steuer ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht von einem Teil der Provision für das Fertighaus, sondern vom Einheitswert des Grundstückes zu berechnen (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG 1969)[2]. Es ist keine Gegenleistung für die Be-

[1] entspricht § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG 1940

[2] entspricht § 10 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG 1940

nennung der Eheleute R. als Käufer erbracht worden. Die Provision wurde nur für die Vermittlung des Hauskaufes gezahlt (vgl. dazu das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 6. Mai 1969 II 131/64, BFHE 96, 201, BStBl II 1969, 595).

Steuerschuldnerin gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1969[3] ist nur die Klägerin, weil die Eheleute R. als Enderwerber des Grundstückes nur einmal zur Steuer herangezogen werden dürfen (BFH-Urteil vom 10. Juli 1974 II R 12/70, BFHE 113, 313, BStBl II 1974, 772).

---

[3] entspricht, soweit hier von Bedeutung, § 15 Nr. 1 GrEStG 1940

---

29. ErbStG 1974 §§ 7 Abs. 1 Nr. 1; 25 (*Zur steuerrechtlichen Behandlung einer gemischten Schenkung*)

Die schenkungsteuerrechtlich gebotene Begrenzung einer gemischten freigebigen Zuwendung auf den unentgeltlich zugewendeten Teil führt dazu, daß für die Anwendung von § 25 ErbStG 1974 kein Raum bleibt.

BFH, Urteil vom 21.10.1981 — II R 176/78 — BStBl 1982 II 83

Aus dem Tatbestand:

Zwischen dem Kläger und seinem Großonkel wurde 1976 ein notariell beurkundeter Vertrag abgeschlossen. Nach dem Inhalt des Vertrages schenkte der Großonkel dem Kläger einen Miteigentumsbruchteil von ein Viertel an einem Grundstück (Grundstück I) und verkaufte ihm ein weiteres Grundstück (Grundstück II) zu dem Kaufpreis von 163.250 DM, der dem zuletzt festgestellten Einheitswert entspricht. Der Kaufpreis sollte durch eine vierteljährliche vorschüssige Rente zahlbar sein; nach dem weiteren Inhalt des Vertrages wurde eine lebenslängliche Rente erfüllungshalber vereinbart. Über die Schenkungsteuerpflicht des Miteigentumsbruchteils besteht kein Streit.

Das beklagte Finanzamt sah in der Übertragung des Grundstücks II eine verdeckte Schenkung und setzte gegen den Kläger 94.724 DM Schenkungsteuer fest, wovon es einen Betrag von 64.746 DM gemäß § 25 Abs. 1 Buchst. b des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) 1974 zinslos stundete. Bei der Berechnung der Steuer ging das Finanzamt von den gemäß § 121 a des Bewertungsgesetzes (BewG) erhöhten Einheitswerten von 228.550 DM (für das Grundstück II) und — bezogen auf ein Viertel — von 53.060 DM (für das Grundstück I) aus.

Mit der nach erfolgloser Durchführung des außergerichtlichen Vorverfahrens erhobenen Klage begehrt der Kläger, die Schenkungsteuer auf 10.030 DM zu ermäßigen, hilfsweise, die Steuer ohne Stundung auf 29.978 DM festzusetzen. Das Finanzgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren in Haupt- und Hilfsantrag weiter. Er rügt Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Das Finanzamt beantragt die Zurückweisung der Revision. Es ist der Auffassung, auch bei einer gemischten freigebigen Zuwendung bleibe Gegenstand der Zuwendung das Grundstück und nicht eine Wertdifferenz. Hieraus folge, daß das Grundstück mit dem maßgeblichen Steuerwert zu erfassen und lediglich für die Bestimmung der Höhe der Bereicherung der Aufwand zu berücksichtigen sei, den der Erwerber für einen Teil des Gegenstandes erbracht hat. Die zur mittelbaren teilweisen Schenkung eines Grundstücks ergangenen Entscheidungen des Senats (zuletzt Urteil vom 12. Dezember 1979 II R 157/79, BFHE 129, 507, BStBl II 1980, 260) seien auf die unmittelbare Schenkung nicht übertragbar. Würde man davon ausgehen, daß nur der unentgeltlich zugewendete Teil einer freigebigen gemischten Zuwendung von der Besteuerung nach dem Erbschaftsteuergesetz erfaßt werde, so würden Schenkung unter Auflage und gemischte Schenkung unterschiedlich behandelt, obwohl sich beide im wirtschaftlichen Ergebnis bezogen auf die Bereicherung des Erwerbers nicht unterschieden.

Der Bundesminister der Finanzen ist dem Verfahren beigetreten. Er unterstützt die Rechtsauffassung des Finanzamts.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung.

Das Urteil des Finanzgerichts ist aufzuheben, weil der Senat dem Finanzgericht nicht folgt, daß § 25 ErbStG 1974 auf eine gemischte freigebige Zuwendung anzuwenden ist.

1. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 gilt als Schenkung unter Lebenden, die der Schenkungsteuer unterliegt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974), jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Die Vorschrift erfaßt einmal die — einen Unterfall der freigebigen Zuwendung darstellende — Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechts, also eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516 Abs. 1 BGB). Außer der zu einer Bereicherung führenden Zuwendung ist damit für die Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechts auch die Einigung über die Unentgeltlichkeit erforderlich, d.h. darüber, daß die Zuwendung weder in rechtlichem Zusammenhang mit der Gegenleistung oder einem Gemeinschaftszweck) steht, noch zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit (sei es auch einer Naturalobligation) erfolgt. Der schenkungsteuerrechtliche Begriff der freigebigen Zuwendung geht aber über den der Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechts hinaus und erfaßt auch Lebensvorgänge, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, wenn nur auf der Seite des Zuwendenden der Wille zur Unentgeltlichkeit vorliegt. Einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bedarf es in solchen Fällen nicht. Der Wille zur Freigebigkeit ist dabei, wie der Senat in seinem Urteil vom 12. Juli 1979 II R 26/78 (BFHE 128, 266, BStBl II 1979, 631 [= MittBayNot 1979, 253]) bereits ausgesprochen hat, auf der Grundlage der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen bestimmbar.

Die Auffassung des Finanzgerichts, daß der Kläger mit Willen seines Großonkels durch die bezüglich des Grundstücks II getroffenen Vereinbarungen bereichert wurde, hält der Überprüfung stand. Das Finanzgericht konnte aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen zu der Überzeugung gelangen, daß der Wert des Grundstücks II die vom Kläger zu erbringende Leistung erheblich überstieg und daß dies auch dem Großonkel des Klägers bewußt war. Es entspricht der Erfahrung aller mit der Frage befaßten Bürger, daß der Einheitswert eines Grundstücks von seinem Verkehrswert (mehr oder weniger) erheblich nach unten abweicht. Diese Erfahrung kann nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen dem Großonkel des Klägers nicht unbekannt gewesen sein. Hinzu kommt, daß der der Ertrags- und Vermögensbesteuerung zugrunde zu legende Einheitswert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den im Vertrag als Kaufpreis bezeichneten Betrag überstieg (vgl. § 121 a BewG). In diesem Zusammenhang genügt es festzustellen, daß dem Großonkel des Klägers diese Diskrepanz zwischen Grundstückswert und Gegenleistung bekannt war; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschiedes kommt es nicht an.

2. Da die vertragsgemäß dem Kläger zugewandte höherwertige Leistung nicht in zwei selbständige Leistungen aufteilbar ist, liegt eine gemischte freigebige Zuwendung vor, die neben Elementen der freigebigen Zuwendung auch Elemen-

te eines Austauschvertrages enthält. Nach dem Inhalt der Parteivereinbarung kann die vom Kläger dem Großonkel zu gewährende Leistung nicht als eine der freigebigen Zuwendung beigefügte Auflage angesehen werden, d.h. nicht als zusätzliche Nebenabrede, daß der Kläger zu einer Leistung verpflichtet sein solle, wenn er in den Genuß des Gegenstandes der Zuwendung kommt. Es handelt sich weder um dem Zuwendenden vorbehaltene Nutzungen noch um Leistungen, die aus dem Gegenstand der Zuwendung bzw. deren Wert zu erbringen sind (zur Abgrenzung vgl. *Kollhosser* in Münchner Kommentar, Tz. 2 zu § 525 BGB mit weiteren Nachweisen). Der Kläger hat vielmehr die Gegenleistung unabhängig vom Ertrag des Grundstückes und damit aus seinem Vermögen zu erbringen.

Bei einer derartigen Zuwendung erfaßt der Wille zur freigebigen Bereicherung des Bedachten aus dem Vermögen des Zuwendenden nicht den entgeltlichen Vertragsteil. Das bedeutet, daß nur der die Gegenleistung übersteigende Wert der Zuwendung schenkungsteuerrechtlich relevant ist, denn nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, s o - w e i t der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Unabhängig von den im Zivilrecht entwickelten Theorien zur Lösung von Konflikten im Bereich gemischter Schenkungen (Einheits- oder Trennungstheorie usw.) sieht das Gesetz selbst die Aufspaltung des einheitlichen Vertrages in seine entgeltlichen und unentgeltlichen (freigebigen) Elemente vor. Der Tatbestand, an den das Gesetz die Steuer knüpft, beschränkt sich auf die Erfassung des (unselbständigen) freigebigen Teiles der gemischten freigebigen Zuwendung.

Die vom Finanzamt und dem Bundesminister der Finanzen vertretene Auffassung bedeutet die Anwendung der für Erwerbe von Todes wegen geltenden Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 auf § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974, wonach für Fälle des § 3 ErbStG 1974 als Bereicherung der Betrag gilt, der sich ergibt, wenn von dem nach § 12 ErbStG 1974 zu ermittelnden Wert des gesamten Vermögensanfalls (soweit er der Besteuerung nach diesem Gesetz unterliegt) die abzugsfähigen Nachlaßverbindlichkeiten mit ihrem nach derselben Vorschrift zu ermittelnden Wert abgezogen werden. Wenn auch grundsätzlich die Vorschriften über die Erwerbe von Todes wegen auch für Schenkungen gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist (§ 1 Abs. 2 ErbStG 1974), verbietet sich eine unmittelbare Übertragung der Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 auf freigebige Zuwendungen insoweit, als es sich um gemischte Schenkungen handelt, weil § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 nur die auf Kosten des Zuwendenden eintretende Bereicherung selbst der Besteuerung unterwirft. Eine weitere Vorschrift des Inhaltes, was als Bereicherung i.S. von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 gelte, war — soweit nicht Auflagen, Erwerbskosten und dergleichen in Frage stehen — deshalb nicht erforderlich und nicht geboten. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 bestimmt für freigebige Zuwendungen unter Lebenden etwas anderes i.S. von § 1 Abs. 2 ErbStG 1974, so daß i n s o w e i t § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 auf gemischte Schenkungen nicht anwendbar ist.

Eine andere Auslegung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 ist auch nicht etwa deshalb geboten, weil der Schenkungsteuer lediglich die Funktion einer Ergänzung der Erbschaftsteuer zukommt. Ein der gemischten freigebigen Zuwendung unter Lebenden unmittelbar vergleichbarer Erwerb von Todes wegen ist nicht möglich. Zudem kann diese Ergänzungsfunktion sich nur auf die unentgeltliche Vermögensübertragung beziehen, d.h. der entgeltliche Erwerb ist als nicht vergleichbar von diesem Funktionsbereich nicht erfaßbar.

Auch den Einwand, daß das wirtschaftliche Ergebnis einer Auflagenschenkung und einer gemischten Schenkung vom Standpunkt des Bedachten und der ihm verbleibenden Bereicherung vergleichbar sei und deshalb die gemischte Schenkung — ungeachtet des Umstandes, daß sie eindeutig Elemente eines Austauschvertrages enthält — der Auflagenschenkung erbschaft- bzw. schenkungsteuerrechtlich gleichstehe und gleichartig besteuert werden müsse, hält der Senat nicht für durchschlagend. Die Auflage ist mit der Schenkung anders verknüpft als die Gegenleistung bei der gemischten Schenkung. Bei letzterer ist die Leistung Vorbedingung für die Gesamtleistung des Zuwendenden in dem Sinne, daß der Zuwendungsempfänger und Leistungsverpflichtete sich zur Leistung auch um der Zuwendung willen verpflichtet. Dagegen ist die Auflage eine der Schenkung folgende Beschwerung, die Auflagenschenkung damit Vollschenkung. Der Senat verkennt nicht, daß im Einzelfall die Abgrenzung schwierig sein mag; derartige Schwierigkeiten dürfen jedoch die Auslegung eines Gesetzes ebensowenig präjudizieren wie aus unterschiedlicher Rechtskonstruktion folgende unterschiedliche Ergebnisse.

3. Die schenkungsteuerrechtlich gebotene Begrenzung der Erfassung einer gemischten freigebigen Zuwendung nur mit dem unentgeltlich zugewendeten Teil führt folgerichtig dazu, daß für die Anwendung der Vorschrift des § 25 ErbStG 1974 kein Raum bleibt, und zwar ungeachtet der Frage, ob § 25 Abs. 1 ErbStG 1974 dem Wortlaut nach erfüllt ist. Nach dieser Vorschrift ist die Versteuerung beim Erwerb von Vermögen, dessen Nutzungen einem anderen als dem Erwerber zustehen oder das mit einer Rentenverpflichtung oder mit der Verpflichtung zu einer sonstigen Leistung belastet ist, nach der Wahl des Erwerbers entweder bis zum Erlöschen der Belastung in dem dort näher bezeichneten Umfang auszusetzen (Buchst. a) oder nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Erwerbs ohne Berücksichtigung der Belastung durchzuführen, wobei die Steuer im dort näher bezeichneten Umfang zu stunden ist (Buchst. b). Der unentgeltliche Teil einer gemischten freigebigen Zuwendung ist im Hinblick auf den entgeltlichen Teil dieser Zuwendung nicht im Sinne der Vorschrift belastet.

4. Die Sache ist nicht spruchreif. Das Finanzgericht wird nunmehr das Ausmaß der unentgeltlichen Zuwendung festzustellen und entsprechend dem Verhältnis zwischen diesem und der Gegenleistung den anteiligen Einheitswert der Steuerberechnung zugrunde zu legen haben.

V.

Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuer; hier: Steuervergünstigungen für Land- und Forstwirte nach § 14 a Abs. 4 EStG i. d. F. des Gesetzes vom 25. 6. 1980 (BStBl. I S. 400)

Schreiben der Oberfinanzdirektion München vom 19. 2. 1982 — Az.: S 2239 a — 4 St 21 —

Im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zu Zweifelsfragen bei der Gewährung des Freibetrags nach § 14a Abs. 4 EStG wie folgt Stellung:

1. Nach § 14a Abs. 4 Nr. 2 EStG kann von Veräußerungs-oder Entnahmegewinnen im Sinne von § 14a Abs. 4 Nr. 1 EStG nur dann ein Betrag bis zu 60000,— DM steuerfrei bleiben, wenn das Einkommen des Steuerpflichtigen ohne Berücksichtigung des Freibetrags in dem dem Veranlagungszeitraum der Veräußerung oder der Entnahme vorangegangenen Veranlagungszeitraum den Betrag von 24000,— DM (bei zusammenveranlagten Ehegatten 48000,— DM) nicht überstiegen hat. Nach dem Wortlaut der Bestimmung wäre es denkbar, daß ein Teil der nach § 14a Abs. 4 EStG begünstigten Veräußerungs- oder Entnahmegewinne im Einkommen des vorangegangenen Veranlagungszeitraums enthalten ist und infolgedessen die Einkommensgrenze des § 14a Abs. 4 Nr. 2 EStG beeinflußt. Das ist z. B. der Fall, wenn bei einem abweichenden Wirtschaftsjahr vom 1. 7. bis 30. 6. der Veräußerungs- oder Entnahmegewinn in die Zeit vom 1. 1. bis 30. 6. fällt.

Hierzu bitte ich jedoch die Auffassung zu vertreten, daß der nach § 14a Abs. 4 EStG begünstigte Veräußerungs- oder Entnahmegewinn bei der Berechnung des Einkommens des vorangegangenen Veranlagungszeitraums gemäß § 14a Abs. 4 Nr. 2 EStG außer Betracht zu lassen ist. Der Sinn und Zweck der Vergünstigung, bestimmte Veräußerungs- oder Entnahmegewinne von Land- und Forstwirten bei Beziehern kleiner Einkommen aus sozialen Gründen von der Einkommensteuer ganz oder teilweise freizustellen, erfordert eine dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Auslegung, die nicht am äußeren Wortlaut haften bleibt.

2. § 14a Abs. 4 EStG stellt auf Veräußerungs- und Entnahmegewinne des Steuerpflichtigen, nicht eines bestimmten land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ab.

Aus dieser Personenbezogenheit folgt, daß der Freibetrag nach § 14a Abs. 4 EStG sowohl vom Hofübergeber wie auch vom Hofübernehmer für von ihnen erzielte Veräußerungs- oder Entnahmegewinne beansprucht werden kann, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 14a Abs. 4 EStG vorliegen.

3. Voraussetzung für die Gewährung des Veräußerungsfreibetrags nach § 14a Abs. 4 EStG ist u. a., daß der Steuerpflichtige den Veräußerungspreis innerhalb von 12 Monaten nach der Veräußerung zur Abfindung weichender Erben verwendet (§ 14a Abs. 4 Nr. 1 Buchst. a EStG). Hierzu ist gefragt worden, ob der Freibetrag gewährt werden kann, wenn mit dem Veräußerungserlös weichende Erben schon vor der Übertragung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs abgefunden werden und diese hierbei eine Erbverzicht leisten.

Entsprechend der Richtlinienregelung in Abschnitt 133a Abs. 7 EStR 1981 wird daran festgehalten, daß auch im Falle des Erbverzichts eine Geldabfindung im Sinne von § 14a Abs. 4 Nr. 1 Buchst. a EStG nur begünstigt ist, wenn vorher oder gleichzeitig der Betrieb an den vorgesehenen Hoferben übergeben wird.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch das Schreiben der Oberfinanzdirektion München vom 8. 5. 1981, MittBayNot 1981 S. 164.

2. Grunderwerbsteuer; hier: Verwaltungsanordnung zur Ausführung des Art. 1 Nr. 2 EuAGrEStG

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 29.3.1982 — Az.: S 4510 — 5/46 — 80 435/81 — sowie der OFD München vom 14.4.1982 — Az.: S 4510 — 14/2 St 33 — und der OFD Nürnberg vom 8.4.1982 — Az.: S 4510 — 119/St 24 —

Nach Tz 7 Abs. 2 der VA-Art. 1 Nr. 2 EuAGrEStG ist der Erwerb verpachteter landwirtschaftlicher Grundstücke grundsätzlich nicht begünstigt. Lediglich beim Erwerb von Grundstücken, bei denen der Pachtvertrag höchstens noch vier Jahre läuft, ist danach eine Ausnahme zulässig.

Der Bundesfinanzhof hat nunmehr mit Urteil vom 7.10.1981 (BStBl 1982 II S. 78)* entschieden, daß auch der Erwerb langfristig verpachteter Grundstücke nach Art. 1 Nr. 2 a EuAGrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist, wenn der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs ernstlich gewillt ist, das Grundstück in absehbarer Zeit im Rahmen seines landwirtwirtschaftlichen Betriebs zu nutzen und nach den Umständen hierzu auch in der Lage sein wird.

Ich bitte, in allen noch nicht bestandskräftigen Fällen entsprechend dem o.a. BFH-Urteil zu verfahren.

Der Bundesfinanzhof hat im o.a. Urteil entschieden, daß selbst beim Erwerb eines noch für 9 1/2 Jahre verpachteten Grundstücks die Voraussetzung für die Steuerbefreiung nach Art. 1 Nr. 2 Buchst. a EuAGrEStG erfüllt sein können. Ich bitte daher, bei der Auslegung des Begriffs „in absehbarer Zeit" großzügig zu verfahren und die Steuerbefreiung allein im Hinblick auf eine lange Restpachtdauer des Grundstücks nur in besonders gelagerten Einzelfällen abzulehnen.

Wird Steuerbefreiung für den Erwerb eines verpachteten Grundstücks beantragt, bitte ich vom Grundstückserwerber eine Versicherung zu fordern, daß er ernstlich gewillt ist, das Grundstück nach Ablauf der Pacht zu eigenen landwirtschaftlichen Zwecken zu verwenden. Eine Überwachung derartiger Erwerbsvorgänge ist nicht erforderlich.

---

*abgedruckt in diesem Heft S. 85 mit Anmerkung *Spiegelberger*

VI.

Standesnachrichten

A.
Personaländerungen

1. *Verstorben:*

Albert Bauer, Notar a.D., Garmisch-Partenkirchen, gest. am 19.3.1982
Josef Dotter, Notar a.D., Bad Reichenhall gest. am 12.4.1982
Dr. Hans Weber, Notar, München gest. am 13.5.1982
Dr. Winfried Weniger, Notar a.D., Schwabach gest. am 21.4.1982
Dr. Johann Zincke, Notar, Naila gest. am 6.5.1982

2. *Es wurde verliehen:*

Mit Wirkung ab 1.5.1982:

Erding (Sozietät mit Notar Rothmeyer)	dem Notar Holger Koch bisher in Kulmbach
Fürth	dem Notar Wolf Weiß bisher in Kirchenlamitz

Mit Wirkung ab 1.6.1982:

Würzburg (Notarstelle Dr. Daigeler)	dem Notar Dr. Heinz Korte bisher in Bad Neustadt a.d. Saale

Mit Wirkung ab 1.7.1982:

Bad Neustadt	dem Notar Hans-Peter Holderbach bisher in Eltmann
Kirchenlamitz (Notarstelle Dr. Lintz)	dem Notarassessor Dr. Gustav Reißig bisher in Landsberg a. Lech

3. *Neuernannte Assessoren:*

Mit Wirkung ab 1.4.1982:

Kurt Hutzler	Kandel (Notarstelle Dr. Eiswirth)

4. *Versetzungen und sonstige Veränderungen:*

Notariatsrat i.N. Horst Glöckner, Augsburg (Notarstelle Dr. Weigel/Laue) ist mit Wirkung vom 1.5.1982 in den Ruhestand versetzt worden.

Oberamtsrat i.N. Karl Lindenmeier, Fürth (Notarstelle Dr. Köbl/Roedel) ist mit Wirkung vom 31.5.1982 in den Ruhestand versetzt worden.

Amtsrat i.N. Werner Seitzer, Krumbach (Notarstelle Dr. Heinz) ist mit Wirkung vom 31.3.1982 in den Ruhestand versetzt worden.

Inspektorin i.N. Renate Strobel, Nürnberg (Notarstelle Dr. Knöchlein/Hübner) ab 1.5.1982 in Nürnberg (Notarstelle Kleider).

5. *Neuübernahme als Inspektor i.N.*

Zum 1.4.1982

Bernd Bös, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Bengel/Dr. Spiegelberger)
Klaus Ernstberger, München (Notarstelle Mittenzwei/Dr. Steinbauer)
Maria Feldmeier, Bogen (Notarstelle Dr. Dr. Decker)
Norbert Fendt, Rotthalmünster (Notarstelle Dr. Schmidt/Meier-Kraut)
Richard Frinzl, Schrobenhausen (Notarstelle Dr. Keller)
Ursula Fritz, Würzburg (Notarstelle Dr. Sell/Öchsner)
Ludwig Hofberger, Aichach (Notarstelle Diez)
Peter Kreipl, München (Notarstelle Dr. Roellenbleg/Reeh)
Johann Obermaier, Mainburg (Notarstelle Oberseider)
Klaus Ort, Uffenheim (Notarstelle Scheckenhofer)
Edmund Tometschek, Kaufbeuren (Notarstelle Dr. Pohl/Dr. Reiner)
Ulrich Weber, München (Notarstelle Dr. Keim/Schott)
Karl Wiesnet, Vilseck (Notarstelle Baumgart)

B.
Stellenausschreibung

Nachstehend aufgeführte Notare haben um die Ausschreibung offener Regelstellen gebeten:

Dr. Weigel/Laue	Augsburg
Dr. Wich/Zetzl	Ebersberg
Dr. Vocke	Eichstätt
Dr. Kluge/Barth	Frankenthal/Pf.
Schirmer/Dr. Gerlach	Füssen
Dr. Maurer	Grafenau
Dr. Eiswirth/Pfeiffer	Kandel
Dr. Bumiller/Kämmerer	Ludwigshafen a. Rh.
Dr. Fischer/Ulsenheimer	Miesbach
Dr. Beck/Scholz	München
Dr. Hümmer/Wetlitzky	München
Kader/Höfling	München
Dr. Keim/Schott	München
Pölsterl/Dr. Asam	München
Dr. Reinl/Zöller	München
Dr. Thalhofer/Jungsberger	München
Irler/Megies	Regensburg
Dr. Simon	Regensburg
Krause/Schiebel	Rosenheim
Dr. v. Daumiller/Dr. Rapp	Schwabmünchen
Dr. Gäbhard/Dr. Kastenbauer	Starnberg
Lehnert/Reinhold	Trostberg

Die Bewerbungen sind an die Notarkasse, Ottostraße 11/12, 8000 München 2, zu richten. Es können sich auch Inspektoranwärter bewerben. Die Notarkasse wird bei Eingang von Bewerbungen prüfen, an welche Notarstelle in ihrem Tätigkeitsbereich eine Versetzung bzw. Übernahme vorgenommen wird.

C.
Sonstiges

Anschriftenänderungen:

Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Maidl) neue Ruf-Nr. 6 1005 u. 61006
Dahn (Notarstelle Schütz) jetzt: Schulstraße 9
Grünstadt (Notarstelle Oehm) jetzt: Hauptstraße 16
Laufen (Notarstelle Ringhof) neue Ruf-Nr. 7095
Lichtenfels (Notarstelle Ganse) neue Ruf-Nr. 6079
Monheim (Notarstelle Edler v. Koch) jetzt: Neuburger Str. 10